

## DISSENTING OPINION OF JUDGE *AD HOC* VINUESA

1. Although I agree with the first paragraph of the dispositive concerning Uruguay's breaches of procedural obligations under the 1975 Statute, I do not share the views of the majority concerning: (1) the relationship between procedural obligations and substantial obligations; (2) the non-existence of a "no construction obligation" once the parties to the 1975 Statute failed to reach an agreement under Article 12; and (3) and the reasoning behind the conclusion that satisfaction is a proper means of reparation. For the reasons stated below (see paras. 40 to 99), I fully disagree with the second paragraph of the dispositive.

### A. ISSUES RELATED TO PROCEDURAL OBLIGATIONS

#### *I. The Relationship between Procedural Obligations and Substantive Obligations*

2. I disagree with the majority in assuming that the dispute concerning substantive obligations is temporally restricted as to only refer to "whether Uruguay has complied with its substantive obligations under the 1975 Statute since the commissioning of the Orion (Botnia) mill in November 2007" (Judgment, para. 46). Substantive obligations under the Statute could have been, and in fact were, breached by Uruguay before the commissioning of the Orion (Botnia) mill.

3. The authorization of the location of the ENCE and Orion (Botnia) mills in a sensitive, vulnerable and environmentally dynamic site is a breach of the substantive obligations prescribed by the Statute. This violation, committed before the commissioning of the Orion (Botnia) mill, breached Uruguay's substantive obligations independently of Uruguay's procedural obligation breaches.

4. I also disagree with the majority's finding that "the procedural obligations are distinct from substantive obligations laid down in the 1975 Statute . . ." (*ibid.*, para. 271). Instead, I strongly support the idea that the procedural obligations are directly interrelated with the substantive obligations. The Statute does not distinguish between different legal effects for each category of obligations. Moreover, the object and purpose of the 1975 Statute concerns the utilization of "the joint machinery necessary for the optimum and rational utilization of the River Uruguay" (Art. 1). The *raison d'être* of the Statute is to achieve the optimum and rational utilization of the river through the implementation of procedural

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE *AD HOC* VINUESA

[Traduction]

1. Bien que j'approuve le premier paragraphe du dispositif concernant les manquements de l'Uruguay aux obligations de nature procédurale qui lui incombent en vertu du statut de 1975, je ne souscris pas aux vues de la majorité sur : 1) le lien entre les obligations de nature procédurale et les obligations de fond, 2) l'inexistence d'une « obligation de non-construction » (dans le cas où les parties au statut de 1975 n'aboutissent pas à un accord en vertu de l'article 12), et 3) le raisonnement menant à la conclusion selon laquelle la satisfaction constitue un mode de réparation approprié. Pour les raisons exposées ci-dessous (voir par. 40-99), je me dissocie entièrement du deuxième paragraphe du dispositif.

A. QUESTIONS TOUCHANT LES OBLIGATIONS DE NATURE PROCÉDURALE

I. *Le lien entre les obligations de nature procédurale et les obligations de fond*

2. Je suis en désaccord avec la présomption de la majorité selon laquelle le différend concernant les obligations de fond serait strictement limité *ratione temporis* à la question de savoir « si l'Uruguay s'est acquitté des obligations de fond lui incombant en vertu du statut de 1975 depuis la mise en service de l'usine Orion (Botnia) au mois de novembre 2007 » (arrêt, par. 46). Les obligations de fond imposées par le statut pouvaient être violées par l'Uruguay dès avant la mise en service de l'usine Orion (Botnia), et elles l'ont effectivement été.

3. L'autorisation de construire les usines ENCE et Orion (Botnia) sur un site sensible, vulnérable et écologiquement dynamique constitue une violation des obligations de fond prévues par le statut. Cette violation, commise avant la mise en service de l'usine Orion (Botnia), constitue un manquement de l'Uruguay à ses obligations de fond, indépendamment de ses manquements aux obligations de nature procédurale.

4. Je me dissocie également de la conclusion de la majorité selon laquelle « les obligations de nature procédurale sont distinctes des obligations de fond prévues par le statut de 1975... » (*ibid.*, par. 271). Je défends au contraire vigoureusement l'idée selon laquelle les obligations procédurales sont en corrélation directe avec les obligations de fond. Le statut ne fait pas de distinction entre les effets juridiques de chacune de ces catégories d'obligations. De surcroît, l'objet et le but du statut de 1975 concernent l'utilisation des « mécanismes communs nécessaires à l'utilisation rationnelle et optimale du fleuve Uruguay » (article premier). La raison d'être du statut est d'assurer l'utilisation optimale et rationnelle du

obligations as established in Articles 1, 7 to 12, and 27. The Statute's irrefutable purpose is to prevent unilateral actions in the determination of the uses of a shared natural resource "which are liable to affect navigation, the régime of the river or the quality of its waters" (Art. 7). Additionally, Article 27 provides that:

"The right of each party to use the waters of the river, within its jurisdiction, for domestic, sanitary, industrial and agricultural purposes shall be exercised without prejudice to the application of the procedure laid down in Articles 7 to 12 when the use is liable to affect the régime of the river or the quality of its waters."

The Court states that it has:

"already dealt with the obligations arising from Articles 7 to 12 of the 1975 Statute which have to be observed, according to Article 27, by any party wishing to exercise its right to use the waters of the river for any of the purposes mentioned therein insofar as such use may be liable to affect the régime of the river or the quality of its waters" (Judgment, para. 177).

5. The Court is therefore assuming that the breach of Articles 7 to 12 inexorably implies the breach of Article 27. The Court is also of the opinion that:

"Article 27 embodies this interconnectedness between equitable and reasonable utilization of a shared resource and the balance between economic development and environmental protection that is the essence of sustainable development" (*ibid.*, para. 177);

which shows that the Court recognizes that by breaching Articles 7 to 12 the balance required by Article 27 has also been breached.

The Court finds that the:

"overall procedure laid down in Articles 7 to 12, which is structured in such a way that the parties, in association with CARU [the Administrative Commission of the River Uruguay], are able, at the end of the process, to fulfil their obligation to prevent any significant transboundary harm which might be caused by potentially harmful activities planned by either one of them" (*ibid.*, para. 139).

6. As a consequence of the above, Uruguay has violated not only Articles 7 to 12, as the Court has asserted, but also Article 27 which is substantive in nature. Furthermore, the non-observance by Uruguay of the object and purpose of the Statute itself constitutes a grave substantive breach of the Statute.

fleuve par le respect des obligations de nature procédurale instituées par les articles premier, 7 à 12 et 27. Le statut a incontestablement pour but d'empêcher les Parties d'agir de manière unilatérale lorsqu'il s'agit de déterminer des utilisations d'une ressource naturelle partagée «[susceptibles d']affecter la navigation, le régime du fleuve ou la qualité de ses eaux» (art. 7). L'article 27 prévoit en outre que :

«[l]e droit de chaque partie d'utiliser les eaux du fleuve, à l'intérieur de sa juridiction, à des fins ménagères, sanitaires, industrielles et agricoles, s'exerce sans préjudice de l'application de la procédure prévue aux articles 7 à 12 lorsque cette utilisation est suffisamment importante pour affecter le régime du fleuve ou la qualité de ses eaux».

La Cour déclare qu'elle a

«déjà examiné les obligations découlant des articles 7 à 12 du statut de 1975 qui, selon l'article 27, doivent être respectées par toute partie souhaitant exercer son droit d'utiliser les eaux du fleuve pour l'une quelconque des fins y énoncées dès lors que le régime du fleuve ou la qualité de ses eaux risque de pâtir de cette utilisation» (arrêt, par. 177).

5. La Cour estime par conséquent que la violation des articles 7 à 12 implique nécessairement une violation de l'article 27. Elle est également d'avis que

«l'article 27 traduit ce lien étroit entre l'utilisation équitable et raisonnable d'une ressource partagée et la nécessité de concilier le développement économique et la protection de l'environnement qui est au cœur du développement durable» (*ibid.*, par. 177),

d'où il ressort qu'elle reconnaît que, du fait de la violation des articles 7 à 12, l'équilibre prescrit par l'article 27 a également été bouleversé.

D'après la Cour,

«l'ensemble de la procédure prévue aux articles 7 à 12 ... est articul[é] de telle manière que les parties, en relation avec la CARU [commission administrative du fleuve Uruguay], soient en mesure, au terme du processus, de s'acquitter de leur obligation de prévenir tout préjudice sensible transfrontière susceptible d'être généré par des activités potentiellement nocives projetées par l'une d'elles» (*ibid.*, par. 139).

6. Par conséquent, l'Uruguay a violé non seulement les articles 7 à 12, comme la Cour l'a affirmé, mais également l'article 27, qui contient des dispositions de fond. En outre, le non-respect par l'Uruguay de l'objet et du but du statut constitue en soi une violation grave touchant au fond du statut.

*II. The “No Construction Obligation” during the Processes Leading to the Settlement of the Dispute*

7. The Court deals with the question of Uruguay’s obligations following the end of the negotiation period (Judgment, paras. 151 to 158) concluding:

“that Uruguay did not bear any ‘no construction obligation’ after the negotiation period provided for in Article 12 expired . . . Consequently the wrongful conduct of Uruguay . . . could not extend beyond that period.” (*Ibid.*, para. 157.)

I categorically disagree with this finding.

8. It is true that the “no construction obligation” that Uruguay was supposed to respect between the end of the negotiation period and the delivery of the final judgment of the Court is not expressly laid down by the 1975 Statute, a point stated by the Court (*ibid.*, para. 154). On the contrary, it is wrong to assume, as the Court does, that the above obligation cannot be derived from the Statute’s provisions.

9. The Statute only allows parties to carry out or authorize the planned work if the notified party raises no objections or does not respond within the period established in Article 8. Article 9 provides that “If the notified Party raises no objections or does not respond within the period established in Article 8, the other Party may carry out or authorize the work planned.” The right to carry on or authorize the planned works could also result from the Parties’ agreement at the conclusion of the negotiation period designed under Chapter II of the 1975 Statute.

10. The Court’s assertion that “Article 9 only provides for such an obligation during the performance of the procedure laid down in Articles 7 to 12 of the Statute” (*ibid.*, para. 154) is misleading and without legal foundation. Additionally, as I discuss below, the Statute itself links the negotiation and judicial settlement processes, thereby naturally extending the no construction obligation until the end of the proceedings before the Court.

11. In my view, Article 9 is complemented by Article 12 in order to assure that, if no agreement is reached by the parties during negotiations, the procedure indicated in Chapter XV shall be followed. The parties have already assumed the obligation to settle the dispute through the procedures described in Chapter II, Articles 7 to 12. It follows that the parties should perform their treaty obligations in good faith and that they must abstain from embarking on the planned works — the very object of the dispute — until the Court makes its final decision. As a result, the no construction obligation, once triggered, extends until the resolution of the dispute.

12. This interpretation is borne out by the clear language of the Statute. Article 12 states that “Should the Parties fail to reach agreement within 180 days following the notification referred to in Article 11, the

## II. L'obligation de «non-construction» pendant les procédures conduisant au règlement du différend

7. La Cour tranche la question des obligations de l'Uruguay après la fin de la période de négociation (arrêt, par. 151 à 158) en concluant

«qu'aucune «obligation de non-construction» ne pesait sur l'Uruguay après que la période de négociation prévue par l'article 12 a expiré ... En conséquence, le comportement illicite de l'Uruguay ... ne pouvait s'étendre au-delà de cette date.» (*Ibid.*, par. 157.)

Je suis catégoriquement en désaccord avec cette conclusion.

8. Certes, l'obligation de «non-construction» que l'Uruguay était censé respecter entre la fin de la période de négociation et le prononcé de l'arrêt définitif de la Cour ne figure pas expressément dans le statut de 1975, comme la Cour l'a relevé (*ibid.*, par. 154). Il est en revanche incorrect de considérer, comme le fait la Cour, que cette obligation ne peut être déduite des dispositions du statut.

9. En vertu du statut, les parties ne peuvent construire ou autoriser la construction de l'ouvrage projeté que si la partie qui a reçu notification du projet ne formule pas d'objections ou ne répond pas dans le délai prévu à l'article 8. L'article 9 prévoit 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». Le droit de construire ou d'autoriser la construction de l'ouvrage projeté pourrait également résulter de l'accord des Parties après la fin de la période de négociation prévue au chapitre II du statut de 1975.

10. L'affirmation de la Cour selon laquelle «[l']article 9 ne prévoit une telle obligation que pendant la mise en œuvre de la procédure prévue aux articles 7 à 12 du statut» (*ibid.*, par. 154) est erronée et dépourvue de fondement juridique. En outre, comme il est exposé ci-dessous, le statut lui-même établit un lien entre les procédures de négociation et de règlement juridictionnel, prolongeant naturellement ainsi la durée de l'obligation de non-construction jusqu'à la fin de la procédure devant la Cour.

11. A mon avis, l'article 12 complète l'article 9 de manière à ce que la procédure prévue au chapitre XV s'applique dans le cas où les parties n'aboutissent pas à un accord au cours des négociations. Les parties ont déjà contracté l'obligation de régler le différend au moyen des procédures indiquées aux articles 7 à 12 du chapitre II. Il s'ensuit qu'elles devraient exécuter de bonne foi leurs obligations conventionnelles et s'abstenir de commencer la construction de l'ouvrage projeté — l'objet même du différend — en attendant la décision définitive de la Cour. En conséquence, l'obligation de non-construction, une fois déclenchée, continue d'exister jusqu'à la solution du différend.

12. Cette interprétation est confirmée par le libellé clair du statut. Aux termes de l'article 12, «[s]i les Parties n'aboutissent pas à un accord dans un délai de cent quatre-vingts jours à compter de la communication visée

procedure indicated in Chapter XV shall be followed.” Article 60 provides that “Any dispute concerning the interpretation or application of the Treaty and the Statute which cannot be settled by direct negotiations may be submitted by either Party to the International Court of Justice.” When paired with Article 60, it is clear that Article 12 overrules the permissive language of Article 60. Even in the authentic Spanish text, where Article 12 provides that: “Si las Partes no llegaren a un acuerdo . . . se observará el procedimiento indicado en el Capítulo XV”, it is clear that the procedure indicated in Chapter XV requires recourse to the International Court of Justice. A logical reading of the Statute would also exclude recourse through Article 12 to the additional part of Article 60, which refers to the conciliation procedure of Chapter XIV and is not implicated here.

13. The simple textual interpretation of Article 12 through its context and through the principle of good faith indicates that Article 12 is mandatory for the parties. It obliges both parties to follow the procedure indicated in Chapter XV. Article 12 therefore represents a “compromisory arrangement” to settle any dispute stemming from the parties’ failure to reach an agreement on planned works through submission of the dispute to the Court.

14. Following general customary international law as codified by Article 31 of the Vienna Convention of the Law of Treaties of 1969, it is my view that the Court’s interpretation of Article 12 does not comport with the clear and precise meaning of the text and its context, as is required by customary international law and this Court’s jurisprudence. (*Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2002*, p. 645, para. 37; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 174, para. 94; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1950*, p. 8; *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 336; *Polish Postal Service in Danzig, Advisory Opinion*, 1925, *P.C.I.J., Series B, No. 11*, p. 39; *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1991*, pp. 69-70, para. 48 and see dissenting opinion of Judge Weeramantry, pp. 135-137; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1992*, pp. 582-583, paras. 373-374; see also *Commentary (Treaties)*, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 220, para. 9.)

The Court’s interpretation also contradicts the very object and purpose of the 1975 Statute which is “to establish the joint machinery necessary for the optimum and rational utilization of the River Uruguay” (Art. 1), which again contradicts settled rules of treaty interpretation based on the agreement’s object and purpose (*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran*

à l'article 11, la procédure indiquée au chapitre XV est applicable». L'article 60 prévoit que «[t]out différend concernant l'interprétation ou l'application du traité et du statut qui ne pourrait être réglé par négociation directe peut être soumis par l'une ou l'autre des Parties à la Cour internationale de Justice». Lorsqu'on lit l'article 12 conjointement avec l'article 60, il est évident que le premier l'emporte sur le second, qui est de caractère permissif seulement. Même dans le texte espagnol qui fait foi, et où l'article 12 est libellé comme suit: «[s]i las Partes no llegaren a un acuerdo ... se observará el procedimiento indicado en el Capítulo XV», il est bien clair que la procédure indiquée au chapitre XV exige la saisine de la Cour internationale de Justice. Une lecture logique du statut exclurait également le recours, par le biais de l'article 12, au second volet de l'article 60, qui renvoie à la procédure de conciliation du chapitre XIV et n'entre pas en ligne de compte ici.

13. Une simple interprétation du texte de l'article 12, s'appuyant sur le contexte et sur le principe de la bonne foi, indique que cette disposition a un caractère impératif et oblige les deux parties à suivre la procédure indiquée au chapitre XV. L'article 12 équivaut donc à une clause «compromissoire» prévoyant que tout différend découlant de l'absence d'accord des parties sur l'ouvrage projeté sera porté devant la Cour.

14. En me référant au droit international général coutumier tel qu'il est codifié par l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, j'estime que l'interprétation faite par la Cour de l'article 12 ne correspond pas au sens clair et précis du texte et de son contexte, comme l'exigent le droit coutumier et la jurisprudence de la Cour (*Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 645, par. 37; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 174, par. 94; *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 8; *Sud-Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 336; *Service postal polonais à Dantzig*, avis consultatif, 1925, C.P.J.I. série B n° 11, p. 39; *Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 (Guinée-Bissau c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1991, p. 69-70, par. 48, et voir l'opinion dissidente de M. le juge Weeramantry, p. 135-137; *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras; Nicaragua (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 582-583, par. 373-374; voir aussi *Commentaires (Traités)*, *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 239, par. 9).

L'interprétation de la Cour se trouve également en contradiction avec l'objet et le but mêmes du statut de 1975, qui sont d'«établir les mécanismes communs nécessaires à l'utilisation rationnelle et optimale du fleuve Uruguay» (article premier) et elle contrevient donc en cela aussi aux règles établies d'interprétation des traités fondées sur l'objet et le but

v. *United States of America*), *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, pp. 812-814, paras. 23, 28; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, pp. 136-137, paras. 272-273; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2002*, p. 652, para. 51; *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1952*, p. 196; *Asylum (Colombia/Peru)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1950*, p. 282; *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1993*, pp. 50-51, paras. 26-28; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 26, para. 52; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 48, para. 85). Such interpretation deprives Article 12 of its *effet utile*, vitiating the Statute's text and again violating established rules of treaty interpretation (*Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1994*, pp. 25-26, paras. 51-52; *Lighthouses case between France and Greece, Judgment, 1934, P.C.I.J., Series A/B, No. 62*, p. 27; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 35, para. 66; *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 22, para. 52).

15. In my view, the Court fails to recognize: first, that when negotiations came to an end, the “disputed activities” — mentioned at paragraph 143 of the Judgment — continued to be unsettled; and second, that recourse to the International Court of Justice as expressed in Article 12 was an essential step contained within the procedure considered necessary by the Parties to ensure the Statute's object and purpose: the optimum and rational utilization of the river. The Court also fails to acknowledge that through Article 12 the Parties have assumed an explicit obligation, if no agreement is reached, to follow the procedure indicated in Chapter XV. The reading of this provision by the Court deprives Article 12 and Chapter XV of their substance and enforces an illogical reading of the mandates of Article 12 and Chapter XV.

16. The obligation to negotiate — which was accompanied by the no construction obligation in this case — is just one of the methods for the peaceful settlement of disputes. The 1975 Statute, as a *lex specialis*, provides that if the parties fail to reach an agreement, they must submit to litigation before the Court. In that sense, the obligation to negotiate is linked to the obligation to refer the dispute to the International Court of Justice to form a non-severable course of action. Both treaty obligations must be performed in good faith, as is required by international law. The Court has already recognized that:

(*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II), p. 812-814, par. 23, 28; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 136-137, par. 272-273; *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 652, par. 51; *Droits des ressortissants des Etats-Unis d'Amérique au Maroc (France c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 196; *Droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1950, p. 282; *Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen (Danemark c. Norvège)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1993, p. 50-51, par. 26-28; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 26, par. 52; *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. Etats-Unis d'Amérique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 48, par. 85). Une telle interprétation prive l'article 12 de son effet utile, en dénaturant le texte du statut et en violant encore une fois les règles établies en matière d'interprétation des traités (*Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 25-26, par. 51-52; *Affaire franco-hellénique des phares*, arrêt, 1934, C.P.J.I. série A/B n° 62, p. 27; *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1971, p. 35, par. 66; *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1978, p. 22, par. 52).

15. A mon avis, la Cour ne reconnaît pas, premièrement, le fait que, lorsque les négociations ont pris fin, les «activités litigieuses» mentionnées au paragraphe 143 de l'arrêt n'avaient toujours pas fait l'objet d'un règlement et, deuxièmement, le fait que la saisine de la Cour prévue à l'article 12 constitue une étape essentielle de la procédure considérée comme nécessaire par les Parties pour assurer le respect de l'objet et du but du statut, à savoir l'utilisation optimale et rationnelle du fleuve. La Cour ne reconnaît pas non plus qu'en adoptant l'article 12 les Parties ont contracté l'obligation expresse, dans le cas où elles n'aboutissent pas à un accord, de suivre la procédure indiquée au chapitre XV. La manière dont la Cour a interprété cette disposition a pour effet de vider de leur substance l'article 12 et le chapitre XV et de consacrer une interprétation illogique de leurs prescriptions.

16. L'obligation de négocier — qui, en l'espèce, était assortie de l'obligation de non-construction — ne constitue que l'une des méthodes de règlement pacifique des différends. Le statut de 1975, en tant que *lex specialis*, dispose que, si les parties n'aboutissent pas à un accord, elles doivent porter leur différend devant la Cour. En ce sens, l'obligation de négocier et l'obligation de saisir la Cour internationale de Justice vont de pair, formant un tout indivisible. Ces deux obligations créées par le traité doivent être exécutées de bonne foi, comme l'exige le droit international. La Cour a déjà reconnu que

“the mechanism for co-operation between States is governed by the principle of good faith. Indeed, according to customary international law, as reflected in Article 26 of the 1969 Vienna Convention of the Law of Treaties, ‘[e]very treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith’. That applies to all obligations established by a treaty, including procedural obligations which are essential to co-operation between States.” (Judgment, para. 145.)

17. Taking that into account, the Court recognizes that:

“as long as the procedural mechanism for co-operation between the parties to prevent significant damage to one of them is taking its course, the State initiating the planned activity is obliged not to authorize such work and, *a fortiori*, not to carry it out” (*ibid.*, para. 144).

Then the Court concludes in paragraph 147 that Article 12 is within the joint mechanism provided by the Statute; based on this finding, the Court then concludes that “[c]onsequently, Uruguay disregarded the whole of the co-operation mechanism provided for in Articles 7 to 12 of the 1975 Statute” (*ibid.*, para. 149). It is my view that the Court could not ignore that the Parties must perform their obligations under Article 12 in good faith, and that the no construction obligation that was in force during the negotiations should have continued until the Court’s judgment. This conclusion comports with the proper interpretation of these provisions; unfortunately, the Court’s conclusions do not.

18. The Court holds that “One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith” (*ibid.*, para. 145) and that “Trust and confidence are inherent in international co-operation”, drawing on the Court’s decision in the *Nuclear Tests (Australia v. France)* case (*Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 268, para. 46). I cannot agree with the Court’s finding that a party’s obligation to stay construction on the planned works ends before a final settlement of the dispute is reached by the Court under Chapter XV (Judgment, paras. 154 and 157). Even more, there is a bizarre juxtaposition of the Court’s conclusion that “Uruguay failed to comply with the obligation to negotiate laid down in Article 12 of the Statute” (*ibid.*, para. 149) with the Court’s decision that the no construction obligation in this case ended along with the negotiations. This confusing conclusion shows that the Court ignores that Article 12 — in addition to mandating negotiations — also mandates recourse to the procedure of Chapter XV of the Statute once negotiations come to an end.

19. The majority also fails to explain why the obligation to settle the dispute through recourse to the International Court of Justice, as seen in Articles 12 and 60, puts an end to the “no construction obligation”. In

«le mécanisme de coopération entre Etats [était] régi par le principe de la bonne foi. En effet, selon le droit international coutumier, reflété à l'article 26 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, «[t]out traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi». Cela s'applique à toutes les obligations établies par un traité, y compris les obligations de nature procédurale, essentielles à la coopération entre Etats.» (Arrêt, par. 145.)

17. En tenant compte de ce qui précède, la Cour reconnaît que

«tant que se déroule le mécanisme de coopération entre les parties pour prévenir un préjudice sensible au détriment de l'une d'elles, l'Etat d'origine de l'activité projetée est tenu de ne pas autoriser sa construction et *a fortiori* de ne pas y procéder» (*ibid.*, par. 144).

La Cour conclut ensuite, au paragraphe 147, que l'article 12 fait partie du mécanisme commun prévu par le statut. En partant de cette constatation, elle conclut alors qu'«[i]l en résulte que l'Uruguay a méconnu l'ensemble du mécanisme de coopération prévu par les articles 7 à 12 du statut de 1975» (*ibid.*, par. 149). J'estime que la Cour ne pouvait négliger le fait que les Parties doivent exécuter de bonne foi les obligations qui leur incombent en vertu de l'article 12 et que l'obligation de non-construction, qui existait pendant les négociations, aurait dû se poursuivre jusqu'au prononcé de l'arrêt de la Cour. Cette conclusion est conforme à l'interprétation correcte de ces dispositions. Malheureusement, les conclusions de la Cour ne le sont pas.

18. La Cour déclare que «[l]'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi» (*ibid.*, par. 145) et que «[l]a confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale», en citant son arrêt rendu dans l'affaire des *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)* (arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 268, par. 46). Je ne puis me rallier à la conclusion de la Cour selon laquelle l'obligation d'une partie de suspendre la construction de l'ouvrage projeté prend fin avant le règlement définitif du différend par la Cour en vertu du chapitre XV (arrêt, par. 154 et 157). De surcroît, la juxtaposition entre le constat de la Cour selon lequel «l'Uruguay n'a pas respecté l'obligation de négocier prévue à l'article 12 du statut» (*ibid.*, par. 149) et sa décision selon laquelle l'obligation de non-construction en l'espèce avait pris fin en même temps que les négociations est singulière. Cette conclusion déconcertante montre que la Cour méconnaît le fait que — outre qu'il impose la tenue de négociations — l'article 12 prescrit le recours à la procédure du chapitre XV du statut après la fin des négociations.

19. La majorité n'explique pas non plus pour quelle raison l'obligation de régler le différend en saisissant la Cour internationale de Justice, établie par les articles 12 et 60, mettrait fin à l'«obligation de non-

my own view, under Article 12, the obligation to negotiate — when exhausted — is replaced by the obligation to settle the dispute at the International Court of Justice. As a result, the no construction obligation extends until the dispute is settled by the Court.

20. This is supported in part by the Judgment, which finds that during negotiations the parties are bound by the no construction obligation as a consequence of their obligation to negotiate in good faith (Judgment, para. 145). However, the majority fails to explain how the direct effect of the lack of good faith in negotiations by Uruguay — as was the case here — results in a right to resume construction of the planned works as the case awaits a final decision by the International Court of Justice. This reading is contrary to the text of Article 12, it has no support within its context and it is opposed to the object and purpose of the 1975 Statute as expressed in Article 1. As a result, the Court seems to reward parties who negotiate in bad faith by allowing them to continue construction of the works even if they have not fulfilled their procedural obligations in good faith.

21. As a consequence of the above reasoning, I completely disagree with the Court's finding that:

“Article 12 does not impose an obligation on the parties to submit a matter to the Court, but gives them the possibility of doing so, following the end of the negotiation period. Consequently, Article 12 can do nothing to alter the rights and obligations of the party concerned as long as the Court has not ruled finally on them. The Court considers that those rights include that of implementing the project, on the sole responsibility of that party, since the period for negotiation has expired.” (*Ibid.*, para. 155.)

22. The Court also contradicts itself when it concludes that:

“while the 1975 Statute gives it jurisdiction to settle any dispute concerning its interpretation or application, it does not however confer on it the role of deciding in the last resort whether or not to authorize the planned activities. Consequently, the State initiating the plan may, at the end of the negotiation period, proceed with the construction at its own risk.” (*Ibid.*, para. 154.)

23. Any failure of the parties to agree at the end of the Chapter II procedures constitutes a dispute concerning the interpretation and application of the Statute. The Court cannot ignore its responsibility to resolve the dispute arising out of the parties' disagreement on the sole basis that the Statute does not confer the power to authorize or forbid the planned activities because that is simply not correct.

24. As a result, the Court must exercise its jurisdiction to settle the dispute arising out of the Chapter II procedures, even if in doing so it will

construction». A mon avis, selon l'article 12, lorsque l'obligation de négocier est épuisée, elle est remplacée par l'obligation de porter le différend devant la Cour internationale de Justice. En conséquence, l'obligation de non-construction continue d'exister jusqu'à ce que le différend soit réglé par la Cour.

20. Cette position est corroborée en partie par l'arrêt, qui constate que, pendant les négociations, les parties sont liées par l'obligation de non-construction résultant de leur obligation de négocier de bonne foi (arrêt, par. 145). La majorité n'explique pas cependant comment l'effet direct de l'absence de bonne foi de l'Uruguay dans les négociations — c'est le cas en l'espèce — serait de faire naître le droit de reprendre la construction de l'ouvrage projeté en l'attente d'une décision définitive de la Cour internationale de Justice. Cette lecture est contraire au texte de l'article 12, elle ne trouve aucun appui dans son contexte et elle est contraire à l'objet et au but du statut de 1975 tels qu'ils sont définis dans son article premier. En procédant ainsi, la Cour semble récompenser les parties qui négocient de mauvaise foi en les autorisant à poursuivre la construction de l'ouvrage même si elles n'ont pas exécuté de bonne foi leurs obligations de nature procédurale.

21. Le raisonnement qui précède m'amène à me dissocier entièrement de la conclusion de la Cour selon laquelle

«L'article 12 ne met pas à la charge des parties une obligation de saisir la Cour mais leur donne plutôt la possibilité de le faire, après l'expiration de la période de négociation. Ainsi, l'article 12 n'est pas susceptible de modifier les droits et obligations de la partie intéressée, tant que la Cour n'a pas statué définitivement à leur sujet. Selon la Cour, parmi ces droits figure celui de mettre en œuvre le projet, sous la seule responsabilité de cette partie, dans la mesure où la période de négociation a expiré.» (*Ibid.*, par. 155.)

22. La Cour se contredit encore lorsqu'elle conclut que

«si le statut de 1975 lui confère compétence pour le règlement de tout différend relatif à son application et à son interprétation, il ne l'investit pas pour autant de la fonction d'autoriser ou non en dernier ressort les activités projetées. Par conséquent, l'Etat d'origine du projet peut, à la fin de la période de négociation, procéder à la construction à ses propres risques.» (*Ibid.*, par. 154.)

23. L'absence d'accord entre les parties à l'issue de la procédure prévue au chapitre II constitue bien un différend relatif à l'interprétation et à l'application du statut. La Cour ne peut pas se soustraire à sa mission de régler les différends découlant du désaccord entre les parties uniquement en invoquant le fait que le statut ne lui confère pas le pouvoir d'autoriser ou d'interdire les activités projetées, parce que cela est tout simplement inexact.

24. En conséquence, la Cour devait exercer sa compétence pour régler le différend découlant des procédures prévues au chapitre II, même si, ce

also judge the viability of the planned works. That is so, in particular, taking into account that the Court attributes to itself the role of being “the ultimate guarantor of [the parties’] compliance with the 1975 Statute” when deciding on the merits of the dispute (Judgment, para. 156).

25. Even were it accepted, again for the sake of argument, that “the State initiating the plan may, at the end of the negotiation period, proceed with construction at its own risk” (*ibid.*, para. 154), it does not follow that either State may commission works which prematurely begin using the protected shared resource before the dispute is settled. In other words, even if sovereign rights would allow a riparian State to construct in its own territory at its own risk, this sovereign right must not be extended to allow the unilateral use or disposition of a shared natural resource until the final resolution of the dispute.

26. It is noteworthy that the Court in its Order on Provisional Measures of 13 July 2006 stated that “in proceeding with the authorization and construction of the mills, Uruguay necessarily bears all risks relating to any finding on the merits that the Court might later make” (*I.C.J. Reports 2006*, p. 133, para. 78). This Order, while it did not forbid continued construction of the mill, could not and did not give a green light to Uruguay to commission the mill which would allow the mill to use the shared resource of the river.

27. In fact, the Court, after emphasizing that:

“the present case highlights the importance of the need to ensure environmental protection of shared natural resources while allowing for sustainable economic development . . . in particular [it is] necessary to bear in mind the reliance of the Parties on the quality of the water of the River Uruguay for their livelihood and economic development” (*ibid.*, p. 133, para. 80),

then proceeded to state that:

“the Parties are required to fulfil their obligations under international law; . . . the Court wishes to stress the necessity for Argentina and Uruguay to implement in good faith the consultation and co-operation procedures provided for by the 1975 Statute, with CARU constituting the envisaged forum in this regard; and . . . the Court further encourages both Parties to refrain from any actions which might render more difficult the resolution of the present dispute” (*ibid.*, p. 134, para. 82).

28. The commissioning of the plant without CARU’s authorization, without consultation of Argentina, without regard for Uruguay’s international environmental obligations and without any attention to the exacerbation of the dispute indicates a flouting of the Court’s

faisant, elle était amenée à se prononcer également sur la viabilité de l'ouvrage projeté. Il en est ainsi en particulier compte tenu du fait que la Cour s'assigne le rôle d'«ultime garant du respect par [les parties] du statut de 1975» lorsqu'elle statue au fond sur le différend (arrêt, par. 156).

25. Même si l'on en admet aussi, pour les besoins du raisonnement, que «l'Etat d'origine du projet peut, à la fin de la période de négociation, procéder à la construction à ses propres risques» (*ibid.*, par. 154), il ne s'ensuit pas que l'un des Etats puisse mettre en service un ouvrage commençant à utiliser prématurément la ressource partagée protégée avant le règlement du différend. En d'autres termes, même si les droits souverains permettaient à un Etat riverain de construire sur son propre territoire à ses propres risques, ce droit souverain ne devrait pas aller jusqu'à permettre l'utilisation ou la disposition unilatérale d'une ressource naturelle partagée avant le règlement définitif du différend.

26. Il convient de noter que, dans son ordonnance du 13 juillet 2006 concernant la demande en indication de mesures conservatoires, la Cour a déclaré que, «en maintenant l'autorisation et en permettant la poursuite de la construction des usines, l'Uruguay assume nécessairement l'ensemble des risques liés à toute décision au fond que la Cour pourrait rendre à un stade ultérieur» (*C.I.J. Recueil 2006*, p. 133, par. 78). Même si cette ordonnance n'interdisait pas la poursuite de la construction de l'usine, elle ne donnait pas et elle ne pouvait pas donner un feu vert à l'Uruguay pour la mise en service de l'usine, permettant ainsi à celle-ci d'utiliser la ressource partagée qu'est le fleuve.

27. En fait, après avoir souligné

«que la présente affaire met en évidence l'importance d'assurer la protection, sur le plan de l'environnement, des ressources naturelles partagées tout en permettant un développement économique durable; qu'il convient notamment de garder à l'esprit la dépendance des Parties vis-à-vis de la qualité des eaux du fleuve Uruguay en tant que celui-ci constitue pour elles une source de revenus et de développement économique» (*ibid.*, p. 133, par. 80),

la Cour a ensuite ajouté

«que ... les Parties sont tenues de s'acquitter des obligations qui sont les leurs en vertu du droit international; que la Cour tient à souligner la nécessité pour l'Argentine et l'Uruguay de mettre en œuvre de bonne foi les procédures de consultation et de coopération prévues par le statut de 1975, la CARU constituant l'enceinte prévue à cet effet; et que la Cour encourage en outre les Parties à s'abstenir de tout acte qui risquerait de rendre plus difficile le règlement du présent différend» (*ibid.*, p. 134, par. 82).

28. Le fait que l'usine a été mise en service en l'absence d'autorisation de la CARU, sans que l'Argentine ait été consultée, au mépris des obligations internationales de l'Uruguay en matière de protection de l'environnement et sans égard à l'exacerbation du différend, montre bien que

direct request. The Court fails to hold Uruguay accountable for these actions.

29. This interpretation of Article 12 will validate an “in limbo” situation, allowing each of the Parties to unilaterally exploit a shared natural resource as if it were its own exclusive resource while a dispute over this utilization is pending before the International Court of Justice.

### *III. Satisfaction as the Proper Means of Reparation of Uruguay's Repeated Breaches of the 1975 Statute*

30. The Court acknowledges that Argentina requested the Court “to adjudge and declare that Uruguay must ‘provide adequate guarantees that it will refrain in future from preventing the 1975 Statute from being applied’” (Judgment, para. 277).

31. Although I disagree with the Court’s assessment that there are no “special circumstances in the present case requiring the ordering of a measure [requiring non-repetition] such as that sought by Argentina” (*ibid.*, para. 278), I arrive at the Court’s overall conclusion concerning reparation through different reasoning.

32. On the issue of special circumstances, the Court fails to consider that Uruguay’s conduct — in preventing the Statute’s joint machinery from functioning — amounts to a substantive violation of the 1975 Statute, as embodied in the object and purpose of the Statute as set out in Article 1. This violation of Article 1, as well as Articles 7 to 12 and 27, may not in principle be remedied just through the mere recognition of such a violation. Assuming, for the sake of argument, that the violation of substantive obligations as described above remains inchoate during the construction process, including the site selection process, it still means that after the construction of the mill it is still violative of the Statute for a riparian State to use the river waters as its own.

33. It is critical to take into account many facts in order to determine whether the Court should find that special circumstances exist. First, different proposals to establish new mills in the area are constantly under consideration by Uruguay. Second, Uruguay’s violations of procedural obligations were the direct consequence of its own will to avoid compliance with the 1975 Statute. Third, Uruguay lacked good faith in the negotiations. Fourth, there was public recognition by Uruguayan authorities of its lack of interest in complying with the Statute’s procedural obligations.

In particular as to the fourth point, the former Minister of Foreign Affairs of Uruguay, when addressing the Senate in November 2003 expressed:

“To recognize that the Commission has specific jurisdiction at this

l'Uruguay a fait fi de la demande directe de la Cour. Or, celle-ci n'a pas fait porter à l'Uruguay la responsabilité de ces actes.

29. Cette interprétation de l'article 12 aura pour effet de valider une situation d'incertitude, permettant à chacune des Parties d'exploiter de manière unilatérale une ressource naturelle partagée comme s'il s'agissait d'une ressource propre, alors même qu'un différend concernant l'utilisation de cette ressource est toujours pendant devant la Cour.

### *III. La satisfaction en tant que mode de réparation approprié des violations répétées du statut de 1975 par l'Uruguay*

30. La Cour reconnaît que l'Argentine lui a demandé «de dire et juger que l'Uruguay doit «donner des garanties adéquates qu'[il] s'abstiendra à l'avenir d'empêcher l'application du statut du fleuve Uruguay de 1975...»» (arrêt, par. 277).

31. Bien que ne souscrivant pas à l'appréciation de la Cour selon laquelle il n'existerait pas «en la présente espèce de circonstances spéciales requérant d'ordonner une mesure telle que celle que réclame l'Argentine» (*ibid.*, par. 278), j'arrive à la même conclusion générale que la Cour concernant la réparation, mais par un raisonnement différent.

32. Pour ce qui est des circonstances spéciales, la Cour ne tient pas compte de ce que le comportement de l'Uruguay, entravant le fonctionnement des mécanismes communs prévus par le statut, constitue une violation de fond de ce dernier, puisqu'il porte atteinte à son objet et à son but tels que les définit son article premier. Cette violation de l'article premier, ainsi que des articles 7 à 12 et 27, ne peut en principe être réparée par la simple reconnaissance d'une telle violation. Même si l'on admettait par hypothèse que la violation des obligations de fond exposée ci-dessus n'était pas consommée tant que duraient les travaux de construction, y compris le processus concernant le choix de l'emplacement, il reste que, après la construction de l'usine, le fait pour un Etat riverain d'utiliser les eaux du fleuve comme si elles étaient les siennes propres constitue toujours une violation du statut.

33. Il est essentiel de tenir compte d'un grand nombre de faits pour déterminer si la Cour devait conclure à l'existence de circonstances spéciales. Premièrement, l'Uruguay continue toujours d'examiner de nouvelles propositions portant sur la construction d'usines dans la région. Deuxièmement, ces violations d'obligations de nature procédurale par l'Uruguay étaient la conséquence directe de sa volonté de se soustraire au respect du statut de 1975. Troisièmement, l'Uruguay a manqué de bonne foi dans les négociations. Quatrièmement, les autorités uruguayennes ont reconnu publiquement qu'elles ne tenaient pas à respecter les obligations de nature procédurale prévues par le statut.

En ce qui concerne en particulier le quatrième point, l'ancien ministre uruguayen des relations extérieures avait déclaré en novembre 2003 devant le Sénat :

«Le fait de reconnaître à la commission une compétence spéci-

stage of the procedure would amount to accepting the presumption that Articles 7 and 8 apply. The presumption is that this project will affect or might affect — I believe the expression used in the Statute is ‘is liable to’ — the quality or navigability of the waters. Given that these two elements are absent, it is clear that the Government of Uruguay is not in a position where it is obliged to refer this matter to the Commission. That would represent a renunciation of its powers that the Government of the Republic has no intention of making; nothing could be more simple.” (Minutes, statement by the Minister for Foreign Affairs, Mr. Didier Opertti, to the Uruguayan Senate (November 2003).) [Translation by the Registry.]

From the above facts there is only one conclusion: that Uruguay’s actions may not be disregarded, as the Court does here. Instead, these actions represent the special circumstances that justify the imposition of an obligation of non-repetition in order to ensure that Uruguay will not take steps to wilfully obstruct the application of the 1975 Statute in the future.

34. The Court in paragraph 278 recognizes that it has observed:

“[w]hile the Court may order, as it has done in the past, a State responsible for internationally wrongful conduct to provide the injured State with assurances and guarantees of non-repetition, it will only do so if the circumstances so warrant, which it is for the Court to assess.

As a general rule, there is no reason to suppose that a State whose act or conduct has been declared wrongful by the Court will repeat that act or conduct in the future, since its good faith must be presumed (see *Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 63; *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 272, para. 60; *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974*, p. 477, para. 63; and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 437, para 101). There is thus no reason, except in special circumstances . . . to order [the provision of assurances and guarantees of non-repetition].’ (*Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009*, p. 267, para. 150.)”

35. While the Court quotes from its own precedents, as it does here, it avoids taking into consideration as a special circumstance the fact, recognized by the Court, that Uruguay has breached its procedural obligations, in respect to the ENCE project and in respect to the Orion (Botnia) mill and its adjacent port (see Judgment, paras. 105 to 122). The Court has the evidence before it that there was already a repetition by Uruguay

fique dans cette étape de la procédure reviendrait à reconnaître la présomption de l'application des articles 7 et 8. La présomption est que cette réalisation portera atteinte ou pourra porter atteinte — je crois que l'expression de la réglementation est: il y aura un risque certain — à la qualité et à *[sic]* la navigabilité des eaux. Étant donné que ces deux éléments font défaut, il est naturel que le Gouvernement de l'Uruguay ne soit pas en situation d'avoir à placer cette question sous l'orbite de la commission. Il s'agirait d'une renonciation à des compétences que le Gouvernement de la République n'entend pas effectuer; il n'y a rien de plus simple.» (Procès-verbal, intervention du ministre des relations extérieures, M. Didier Opertti, au sénat uruguayen (novembre 2003).)

Une seule conclusion peut être tirée de ces faits: il n'est pas possible de faire abstraction des actes de l'Uruguay, comme le fait la Cour en l'espèce. Ces actes constituent au contraire les circonstances spéciales justifiant l'imposition d'une obligation de non-répétition afin de garantir que l'Uruguay ne prendra pas d'initiatives faisant délibérément obstacle à l'application du statut de 1975 dans l'avenir.

34. Au paragraphe 278, la Cour reconnaît qu'elle a eu l'occasion de déclarer ce qui suit:

««[S]i la Cour peut, comme il lui est arrivé de le faire, ordonner à l'Etat responsable d'un comportement internationalement illicite d'offrir à l'Etat lésé des assurances et des garanties de non-répétition, c'est seulement si les circonstances le justifient, ce qu'il lui appartient d'apprécier.

En règle générale, il n'y a pas lieu de supposer que l'Etat dont un acte ou un comportement a été déclaré illicite par la Cour répétera à l'avenir cet acte ou ce comportement, puisque sa bonne foi doit être présumée (voir *Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17*, p. 63; *Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 272, par. 60; *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 477, par. 63; et *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 437, par. 101). Il n'y a donc pas lieu, sauf circonstances spéciales ... d'ordonner [que des assurances et des garanties de non-répétition soient offertes].» (*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, C.I.J. Recueil 2009*, p. 267, par. 150.)»

35. Tout en citant ainsi sa propre jurisprudence, la Cour évite de considérer comme une circonstance spéciale le fait, reconnu par elle, que l'Uruguay a violé ses obligations procédurales en ce qui concerne tant le projet ENCE que l'usine Orion (Botnia) et le port adjacent à celle-ci (voir arrêt, par. 105-122). La Cour a été saisie d'éléments de preuve établissant que l'Uruguay avait déjà commis à nouveau des manquements à des obli-

of procedural breaches of identical obligations under the 1975 Statute. Furthermore, the Court has already concluded that Uruguay has breached its obligations to negotiate in good faith (see Judgment, para. 149). In spite of that factual evidence, the Court considers that Uruguay's good faith in future applications of the 1975 Statute "must be presumed". I am at odds with such reasoning.

36. The evidence on the record and the findings of the Court concerning procedural violations confirm that special circumstances are present in the present case so as to justify the express imposition in the dispositive of an obligation of non-repetition upon Uruguay, particularly given the bad faith conduct of Uruguay in the past.

37. Despite this belief, it is my understanding that the obligation of non-repetition exists, in the present case, in the Court's finding:

"that both Parties have the obligation to enable CARU, as the joint machinery created by the 1975 Statute, to exercise on a continuous basis the powers conferred on it by the 1975 Statute, including its function of monitoring the quality of the waters of the river and of assessing the impact of the operation of the Orion (Botnia) mill on the aquatic environment. Uruguay, for its part, has the obligation to continue monitoring the operation of the plant in accordance with Article 41 of the Statute and to ensure compliance by Botnia with Uruguayan domestic regulations as well as the standards set by CARU. The Parties have a legal obligation under the 1975 Statute to continue their co-operation through CARU and to enable it to devise the necessary means to promote the equitable utilization of the river, while protecting its environment." (*Ibid.*, para. 266.)

38. As the Court has found that Uruguay alone breached its procedural obligations under the 1975 Statute, it is incumbent upon Uruguay to conform its conduct in order to duly comply with its treaty obligations and the Court's recognition of the role of CARU as noted above.

39. In my opinion, the imposition of such obligations of conduct, in the light of the general rule that a State whose acts or conduct have been declared wrongful by the Court will not repeat the acts or conducts in the future — assuming the State's good faith in following the Court's decision — makes a declaration of the obligation of non-repetition by the Court redundant.

#### B. SUBSTANTIVE OBLIGATIONS UNDER THE 1975 STATUTE

40. Whereas in the context of procedural violations, the Court has before it firm evidence on which to base its conclusions — namely, the 1975 Statute and a record of the steps taken by the Parties — the same

gations de nature procédurale identiques découlant du statut de 1975. En outre, la Cour avait conclu auparavant que l'Uruguay avait manqué à son obligation de négocier de bonne foi (voir arrêt, par. 149). En dépit de ces éléments de preuve factuels, la Cour estime que la bonne foi de l'Uruguay quant à l'application du statut de 1975 dans l'avenir «doit être présumée». Je ne peux la suivre dans ce raisonnement.

36. Les éléments de preuve versés au dossier et les constatations de la Cour concernant les violations de nature procédurale confirment l'existence, dans le cas d'espèce, de circonstances spéciales de nature à justifier l'imposition expresse, dans le dispositif de l'arrêt, d'une obligation de non-répétition à l'Uruguay, compte tenu en particulier de la mauvaise foi dont celui-ci a fait preuve dans le passé.

37. Quoi qu'il en soit, j'estime que l'obligation de non-répétition découle, en l'espèce, de la constatation de la Cour selon laquelle

«les deux Parties ont l'obligation de veiller à ce que la CARU, en tant que mécanisme commun créé par le statut de 1975, puisse continûment exercer les pouvoirs que lui confère le statut, y compris ses fonctions de surveillance de la qualité des eaux du fleuve et d'évaluation de l'impact de l'exploitation de l'usine Orion (Botnia) sur le milieu aquatique. L'Uruguay, pour sa part, a l'obligation de poursuivre le contrôle et le suivi du fonctionnement de l'usine conformément à l'article 41 du statut et de s'assurer que Botnia respecte la réglementation interne uruguayenne ainsi que les normes fixées par la commission. En vertu du statut de 1975, les Parties sont juridiquement tenues de poursuivre leur coopération par l'intermédiaire de la CARU et de permettre à cette dernière de développer les moyens nécessaires à la promotion de l'utilisation équitable du fleuve, tout en protégeant le milieu aquatique.» (*Ibid.*, par. 266.)

38. Puisque la Cour a constaté que seul l'Uruguay avait violé les obligations de nature procédurale découlant du statut de 1975, il appartient à l'Uruguay de modifier son comportement de manière à respecter dûment ses obligations conventionnelles ainsi que le rôle que la Cour reconnaît à la CARU, comme il est indiqué ci-dessus.

39. A mon avis, l'imposition de telles obligations de comportement, à la lumière de la règle générale selon laquelle un Etat dont les actes ou le comportement ont été déclarés illicites par la Cour ne doit pas les répéter à l'avenir — étant présumé que l'Etat se conformera de bonne foi à la décision de la Cour —, rend superflue la déclaration par la Cour de l'existence de l'obligation de non-répétition.

## B. LES OBLIGATIONS DE FOND DÉCOULANT DU STATUT DE 1975

40. Tandis que, dans le contexte des violations de nature procédurale, la Cour disposait d'éléments de preuve solides sur lesquels fonder ses conclusions — à savoir le statut de 1975 et les documents constatant les

evidential certainty does not exist in the context of Uruguay's alleged substantive violations, thereby severely hampering the Court's ability to make appropriate determinations of fact and law based on sound scientific findings.

### *I. Determination of the Burden of Proof*

41. The Judgment notes that Argentina has itself generated much factual information and it adds that materials produced by Uruguay have been available at various stages of the proceedings or have been available in the public domain (Judgment, para. 226). The Court thus finds that Argentina has not been placed at a disadvantage in terms of the production of evidence relating to the discharges of effluent from the mill. However, such a finding is contradicted by the fact that Argentina was only able to collect scientific data from the Argentine side of the River Uruguay, because it was prevented from collecting samples on the Uruguayan side of the river, particularly where discharges from the Orion (Botnia) mill occur. Argentina was also banned from collecting samples from the mill itself. In addition, no evidence was collected in common through CARU. Therefore Argentina was not in a position to obtain evidence at the source itself. This critical fact should have been acknowledged in the Judgment.

42. In terms of the burden of proof, I agree with the finding of the Court that:

“in accordance with the well-established principle of *onus probandi incumbit actori*, it is the duty of the party which asserts certain facts to establish the existence of such facts. This principle which has been consistently upheld by the Court . . . applies to the assertions of fact both by the Applicant and the Respondent.” (*Ibid.*, para. 162.)

I disagree however with the Court's assessment that: “that there is nothing in the 1975 Statute itself to indicate that it places the burden of proof equally on both Parties” (*ibid.*, para. 164).

43. First, Article 12 imposes upon both Parties an obligation to refer their dispute concerning any lack of agreement on the viability of planned works to the International Court of Justice. Second, a finding by the Court that Uruguay has breached its procedural obligations under the Statute necessarily implies that Uruguay has not complied with its obligations to produce all relevant evidence to CARU and to Argentina so as to allow for an assessment as to whether or not the planned works are “liable to affect navigation, the régime of the river or the quality of its waters” (Art. 7). In my view, a direct consequence of Uruguay's procedural breaches is that Uruguay should have provided the missing evidence to the Court.

mesures prises par les Parties —, la même certitude n'existe pas pour la preuve des violations de fond alléguées de l'Uruguay, ce qui restreint considérablement la capacité de la Cour à rendre des conclusions appropriées concernant les faits et le droit, sur la base de constatations scientifiques solides.

### I. La détermination de la charge de la preuve

41. Dans le texte de l'arrêt, la Cour note que l'Argentine a elle-même produit un grand nombre d'informations factuelles et que les éléments soumis par l'Uruguay ou bien lui ont été accessibles à différents stades de la procédure ou bien se trouvent dans le domaine public (arrêt, par. 226). Elle estime donc que l'Argentine n'a pas été désavantagée du point de vue de la communication des éléments de preuve relatifs aux déversements d'effluents provenant de l'usine de pâte à papier. Cette conclusion est toutefois contredite par le fait que l'Argentine n'a pu recueillir des données scientifiques que du côté argentin du fleuve Uruguay parce qu'elle avait été empêchée de prélever des échantillons du côté uruguayen du fleuve, en particulier sur le lieu des rejets de l'usine Orion (Botnia). Il lui a également été interdit de prélever des échantillons provenant de l'usine elle-même. En outre, aucun élément de preuve n'a été recueilli conjointement par l'intermédiaire de la CARU. L'Argentine n'a donc pas été en mesure d'obtenir des éléments de preuve à la source. Ce fait particulièrement important aurait dû être constaté dans l'arrêt.

42. En ce qui concerne la charge de la preuve, je souscris à la conclusion de la Cour aux termes de laquelle

«selon le principe bien établi *onus probandi incumbit actori*, c'est à la partie qui avance certains faits d'en démontrer l'existence. Ce principe, confirmé par la Cour à maintes reprises ... , s'applique aux faits avancés aussi bien par le demandeur que par le défendeur.» (*Ibid.*, par. 162.)

Je ne partage toutefois pas le point de vue de la Cour selon lequel «rien dans le statut de 1975 lui-même ne permet de conclure que celui-ci ferait peser la charge de la preuve de façon égale sur les deux Parties» (*ibid.*, par. 164).

43. Premièrement, l'article 12 impose aux deux Parties l'obligation de porter devant la Cour internationale de Justice leur différend concernant tout désaccord sur la viabilité de l'ouvrage projeté. Deuxièmement, la conclusion de la Cour selon laquelle l'Uruguay a violé les obligations de nature procédurale découlant du statut implique nécessairement que l'Uruguay n'a pas respecté ses obligations de communiquer à la CARU et à l'Argentine tous les éléments de preuve pertinents pour leur permettre d'apprécier si l'ouvrage projeté pouvait ou non «affecter la navigation, le régime du fleuve ou la qualité de ses eaux» (art. 7). A mon avis, la conséquence directe des violations de nature procédurale commises par l'Uruguay est que celui-ci aurait dû produire devant la Cour les éléments de preuve qui faisaient défaut.

44. I agree that any breach of Chapter II obligations does not necessarily justify a reversal of the burden of proof, but such a finding does reaffirm the basic principle stated by the Court in paragraph 162 with reference to the *onus probandi* of both the Applicant and the Respondent. It follows from the Court's finding that, "while a precautionary approach may be relevant in the interpretation and application of the provisions of the Statute", in interpreting and applying Article 12 an "equal onus to prove under the 1975 Statute" (Judgment, para. 164) should be binding upon both Parties. In my view there is a clear contradiction between this statement and the following assertion by the Court:

"It is of course to be expected that the Applicant should, in the first instance, submit the relevant evidence to substantiate its claims. This does not, however, mean that the Respondent should not co-operate in the provision of such evidence as may be in its possession that could assist the Court in resolving the dispute submitted to it." (*Ibid.*, para. 163.)

It is difficult to follow the Court's reasoning when, on the one hand, it states that Uruguay has breached its procedural obligations (among which is the obligation to produce information) and, on the other hand, it merely exhorts Uruguay, as the Respondent, to co-operate. The Court is thus transforming a previous binding obligation to produce evidence into a mere goodwill gesture to co-operate by providing evidence to the Court.

## *II. The Object and Purpose of the 1975 Statute and the Uses of the Waters*

45. Article 1 not only informs the interpretation of the substantive obligations, as the Court finds at paragraph 173 of its Judgment, but also lays down specific rights and obligations for the Parties. It is true that optimum and rational utilization is to be achieved through compliance with the obligations prescribed by the 1975 Statute for the protection of the environment and the joint management of the River Uruguay as a shared resource. However, it is also true that optimum and rational utilization creates specific obligations for both riparian States to prevent any use liable to affect navigation, the régime of the river or the quality of the waters. In that context, any planned works and any use of the river must be analysed jointly to evaluate the potential damage to the river as a shared resource and any transboundary damage to the other party, particularly given that the river serves as an important source of water for the local communities and also sustains a thriving tourism industry.

46. In keeping with earlier comments on the relationship between pro-

44. Je conviens que toute violation des obligations prévues par le chapitre II ne justifie pas nécessairement le renversement de la charge de la preuve, mais cette conclusion confirme le principe de base énoncé par la Cour au paragraphe 162 en ce qui concerne la charge de la preuve pesant tant sur le demandeur que sur le défendeur. Il s'ensuit que «[si] une approche de précaution ... peut se révéler pertinente pour interpréter et appliquer les dispositions du statut», «une obligation égale de convaincre au titre du statut de 1975» (arrêt, par. 164) devrait peser sur les deux Parties dans le cadre de l'interprétation et de l'application de l'article 12. A mon avis, il existe une contradiction manifeste entre cette affirmation et la déclaration suivante de la Cour :

«Le demandeur doit naturellement commencer par soumettre les éléments de preuve pertinents pour étayer sa thèse. Cela ne signifie pas pour autant que le défendeur ne devrait pas coopérer en produisant tout élément de preuve en sa possession susceptible d'aider la Cour à régler le différend dont elle est saisie.» (*Ibid.*, par. 163.)

Il est difficile de suivre le raisonnement de la Cour lorsque, d'une part, elle déclare que l'Uruguay a violé ses obligations de nature procédurale (au nombre desquelles figure l'obligation d'informer) mais que, d'autre part, elle se contente d'exhorter l'Uruguay — le défendeur en l'espèce — à coopérer. La Cour transforme ainsi ce qui était une obligation contraignante de produire des éléments d'information en un simple geste de bonne volonté, consistant à coopérer en produisant des éléments de preuve devant la Cour.

## II. *L'objet et le but du statut de 1975 et les utilisations des eaux*

45. Non seulement l'article premier éclaire l'interprétation des obligations de fond, comme la Cour le fait observer au paragraphe 173 de son arrêt, mais il confère également des droits et obligations spécifiques aux Parties. Il est vrai que ces dernières doivent garantir l'utilisation optimale et rationnelle du fleuve Uruguay en se conformant aux obligations prescrites par le statut aux fins de la protection de l'environnement et de la gestion conjointe de ce fleuve en tant que ressource partagée. Mais il est vrai aussi que l'utilisation optimale et rationnelle entraîne pour les deux Etats riverains l'obligation spécifique d'éviter toute utilisation pouvant affecter la navigation, le régime du fleuve ou la qualité de ses eaux. Dans ce contexte, ils doivent analyser conjointement tout ouvrage projeté et toute utilisation du fleuve afin d'évaluer les dommages potentiels pour le fleuve en tant que ressource partagée et les dommages transfrontières que pourrait subir l'autre partie, étant donné en particulier que le fleuve constitue une importante source d'eau pour les communautés locales et qu'il est également le support d'un secteur touristique prospère.

46. Dans le prolongement des observations ci-dessus concernant le lien

cedural and substantive obligations, under Article 27 of the Statute the “status” of the River Uruguay as a shared natural resource is reflected in the fact that national use of the river for domestic, sanitary, industrial and agricultural purposes is subject to the procedural obligations laid down in Articles 7 to 12, where such utilization is significant enough to affect the régime of the river or the quality of its waters. The right of each State to use the river within its domestic jurisdiction is subject to the strict co-operation mechanism established under the 1975 Statute.

47. I strongly believe that Article 1 should be considered as an umbrella clause establishing joint machinery for the observance of substantial obligations to accomplish the optimum and rational utilization of the river. Meanwhile, the content of Article 27, considered by the Court as “the essence of sustainable development” (Judgment, para. 177), constitutes in itself a substantial obligation.

48. To my understanding, the Court, by declaring that Uruguay has breached its procedural obligations under Articles 7 to 12 of the 1975 Statute, has confirmed: (i) the non-observance of the joint machinery prescribed under Article 1 in order to accomplish the optimum and rational utilization of the river; and (ii) the non-observance of Article 27 under which the Parties are obliged to apply “the procedure laid down in Articles 7 to 12 when the use is liable to affect the régime of the river or the quality of its waters”.

49. In light of the above, the Court should have declared that Uruguay had breached its substantive obligations under Articles 1 and 27 of the 1975 Statute before proceeding to an evaluation of adequate reparation. I regret that the Court has not done so.

*III. The Obligation to Co-ordinate Measures to Avoid  
Changes in the Ecological Balance of the River  
and Areas Affected by It (Art. 36)*

50. In my view, the Court states incorrectly at paragraph 189 that “Argentina has not convincingly demonstrated that Uruguay has refused to engage in such co-ordination as envisaged by Article 36, in breach of that provision”. It is also stated at paragraph 185 that “the purpose of Article 36 . . . is to prevent any transboundary pollution liable to change the ecological balance of the river by co-ordinating, through CARU, the adoption of the necessary measures”. According to the Court, those measures were adopted through the promulgation of standards by CARU.

51. But this reading by the Court limits the Statute to CARU standards. However, CARU standards were agreed upon to control and prevent pollution arising from pre-existing uses of the river waters. As a result, the Court’s position is at odds with the weight of the evidence. The

entre les obligations de nature procédurale et les obligations de fond, il faut noter que, en vertu de l'article 27 du statut, la «qualité» de ressource naturelle partagée du fleuve Uruguay est reflétée dans le fait que l'utilisation nationale du fleuve à des fins ménagères, sanitaires, industrielles et agricoles est subordonnée aux obligations de nature procédurale définies aux articles 7 à 12 lorsque cette utilisation est suffisamment importante pour affecter le régime du fleuve ou la qualité de ses eaux. Le droit de chacun des Etats d'utiliser le fleuve dans les limites de sa juridiction est subordonné au mécanisme de coopération strict prévu par le statut de 1975.

47. Je suis fermement convaincu que l'article premier devrait être considéré comme une disposition de caractère général («umbrella clause») instituant des mécanismes communs visant à assurer le respect des obligations de fond, qui sont de garantir l'utilisation optimale et rationnelle du fleuve. Dans le même temps, le contenu de l'article 27, considéré par la Cour comme étant «au cœur du développement durable» (arrêt, par. 177), constitue en soi une obligation de fond.

48. A mon sens, en déclarant que l'Uruguay a violé les obligations de nature procédurale découlant pour lui des articles 7 à 12 et du statut de 1975, la Cour a confirmé: i) le non-respect des mécanismes communs prévus par l'article premier en vue d'assurer l'utilisation optimale et rationnelle du fleuve, et ii) le non-respect de l'article 27, en vertu duquel les Parties sont tenues d'appliquer «la procédure prévue aux articles 7 à 12 lorsque cette utilisation est suffisamment importante pour affecter le régime du fleuve ou la qualité de ses eaux».

49. Au vu de ce qui précède, la Cour aurait dû déclarer que l'Uruguay a violé les obligations de fond qui lui incombaient en vertu des articles premier et 27 du statut de 1975, avant de procéder à l'évaluation de la réparation adéquate. Je déplore qu'elle ne l'ait pas fait.

*III. L'obligation de coordonner les mesures propres à éviter  
une modification de l'équilibre écologique du fleuve  
et de ses zones d'influence (art. 36)*

50. A mon avis, c'est à tort que la Cour déclare, au paragraphe 189, que «l'Argentine n'a pas démontré de manière convaincante que l'Uruguay a refusé de prendre part aux efforts de coordination prévus par l'article 36, en violation de celui-ci». La Cour affirme également, au paragraphe 185, que «l'article 36 ... vise à empêcher toute pollution transfrontière susceptible de modifier l'équilibre écologique du fleuve, en coordonnant l'adoption des mesures nécessaires à cette fin, par l'intermédiaire de la CARU». Selon elle, ces mesures ont été adoptées par le biais de la promulgation de normes dans le cadre de la CARU.

51. Cette interprétation de la Cour limite toutefois le statut aux normes de la CARU. Or, ces dernières ont été adoptées d'un commun accord dans le but de contrôler et d'empêcher la pollution découlant d'utilisations préexistantes des eaux du fleuve. En conséquence, la position de la

Court's reading does not allow for pre-emptive regulation of planned future uses. The CARU Digest itself refers to the joint machinery and the necessary intervention of CARU resulting from Articles 7 to 12 for future planned uses of the river waters. It follows that for any planned uses of the river, the co-ordination envisaged in Article 36 should be channelled through CARU according to Articles 7 to 12. Any other interpretation of Article 36 implies that the Parties and CARU would not have the chance to assess the effects of planned uses of the river waters but would simply have to wait until the industrial facility became operational in order to verify at that point whether it polluted the river or not. This is not the object and purpose of the Statute as stated in Article 1.

52. That is why I believe that the object and purpose of the Statute has been violated and this violation has to be sanctioned. Argentina has clearly proven that Uruguay has refused to engage in such co-ordination and thus it is apparent that Uruguay has breached Article 36 of the 1975 Statute.

*IV. The Obligation to Preserve the Aquatic Environment  
and Prevent Its Pollution (Art. 41)*

(a) *Environmental impact assessments*

53. My main points of disagreement with the Court's findings on Article 41 are related to issues concerning environmental impact assessments and effluent discharges.

Concerning environmental impact assessments, I do believe that there is sufficient evidence in the record to prove that Uruguay has breached its obligation to "co-ordinate, through the Commission, the necessary measures to avoid any change in the ecological balance and to control pests and other harmful factors in the river and the areas affected by it" (Art. 36). That lack of co-ordination has negatively influenced the performance by Uruguay of its obligations under Article 41 (a) of the Statute to protect and preserve the aquatic environment and, in particular, to prevent its pollution. Consequently, I disagree with the Court's conclusions on Uruguay's compliance with due diligence requirements on environmental impact assessments in relation to: (i) the chosen site for the Orion (Botnia) mill; and (ii) the consultation of the affected populations. I will address both concerns in turn.

(i) *The siting of the Orion (Botnia) mill at Fray Bentos*

54. In its consideration as to whether Uruguay carried out an appro-

Cour va à l'encontre des éléments de preuve prépondérants. L'interprétation de la Cour ne fait pas de place à la réglementation préventive des utilisations futures projetées. Le digeste de la CARU lui-même se réfère aux mécanismes communs et à l'intervention nécessaire de la CARU en vertu des articles 7 à 12, pour les projets d'utilisations futures des eaux du fleuve. Il s'ensuit que, pour tout projet d'utilisation du fleuve, la coordination prévue à l'article 36 devrait se faire par l'intermédiaire de la CARU conformément aux articles 7 à 12. Toute autre interprétation de l'article 36 implique que les Parties et la CARU n'auraient pas la possibilité d'évaluer les effets des utilisations envisagées des eaux du fleuve, mais seraient tout simplement obligées d'attendre que l'installation industrielle soit mise en service pour vérifier alors si elle a ou non pollué le fleuve. Cela ne correspond ni à l'objet ni au but du statut, tels que définis à l'article premier.

52. Pour cette raison, j'estime qu'il a été porté atteinte à l'objet et au but du statut et que cette violation doit être sanctionnée. L'Argentine a clairement établi que l'Uruguay avait refusé de participer à une telle coordination, et il en ressort donc que l'Uruguay a violé l'article 36 du statut de 1975.

*IV. L'obligation de préserver le milieu aquatique  
et d'en empêcher la pollution (art. 41)*

a) *Évaluations de l'impact sur l'environnement*

53. Les principaux points sur lesquels je me dissocie des conclusions de la Cour concernant l'article 41 ont trait aux évaluations de l'impact sur l'environnement et aux rejets d'effluents.

En ce qui concerne les évaluations de l'impact sur l'environnement, j'estime que le dossier contient des éléments de preuve suffisants pour établir que l'Uruguay a violé son obligation de «coordonne[r], par l'intermédiaire de la commission, les mesures propres à éviter une modification de l'équilibre écologique et à contenir les fléaux et autres facteurs nocifs sur le fleuve et dans ses zones d'influence» (art. 36). Cette absence de coordination a eu une incidence négative sur l'exécution par l'Uruguay de ses obligations en vertu de l'alinéa *a*) de l'article 41 du statut de protéger et de préserver le milieu aquatique et, en particulier, d'en empêcher la pollution. En conséquence, je ne souscris pas aux conclusions de la Cour sur le respect par l'Uruguay de l'obligation d'exercer la diligence requise en matière d'évaluation de l'impact sur l'environnement en ce qui concerne: i) l'emplacement retenu pour l'usine Orion (Botnia) et ii) la consultation des populations concernées. J'aborderai ces questions l'une après l'autre.

i) *Le choix du site de Fray Bentos pour l'usine Orion (Botnia)*

54. En recherchant si l'Uruguay avait procédé à une évaluation appro-

appropriate assessment prior to the determination of the final site, the Court should not have satisfied itself with a mere mention in the Final Cumulative Impact Study (hereinafter “CIS”) of the International Finance Corporation (hereinafter the “IFC”) that Botnia evaluated in 2004 four locations before choosing Fray Bentos. The CIS dates from September 2006, which is more than a year and a half after the authorization in February 2005 for the construction of the Orion (Botnia) mill and came after Argentina’s complaints about the lack of alternative site assessment and after proceedings had been instituted before the Court. Secondly, the CIS reference to Botnia’s evaluation is a one page referral containing a listing of the four sites and a minimum of substance about the reasons why the alternative sites were discarded.

55. According to the CIS, “logistics” played a key role in the decisions of both Botnia and ENCE not to proceed with any of the alternative sites, even though it was also claimed that “environmental and structural aspects were also important”. No information, however, is given as to what those environmental aspects were, neither is there evidence — nor, for that matter, is it claimed — that environmental impact assessments were conducted in relation to those alternative sites.

56. Particularly striking are the reasons provided by Botnia for its decision to discard the other three locations: for La Paloma, it was because of its vicinity to important tourist areas; for Nueva Palmira, it was because of the presence of culturally important sites (*Desembarco de los 33 Orientales*) and the proximity of “high end” residential areas; and for Paso de los Toros, it was because of the limited amount of water available. The other reasons listed are purely of an economic nature related to costs and the availability of fresh water. The “comparative table” found in pages 2.10 and 2.11 of the CIS shows no information as to why Fray Bentos was the safest choice to build the mill from an environment point of view, other than the claim that the nearer the plant from the eucalyptus plantations the less the ecological harm.

57. The assumption made in the Judgment that, “in accordance with Articles 36 and 56 of the 1975 Statute, CARU must have taken into account the receiving capacity and sensitivity of the waters of the river” (Judgment, para. 214) does not nullify the obligation to assess the sensitivity and vulnerability of a pre-determined site with reference to a specific planned use and its particular impact on that site. This is in accordance with a strict observance of Article 27, Articles 7 to 12 and Article 1 of the Statute and with the Digest’s referral to Articles 7 to 12 for future planned uses. In that context, the general assumption made in the Judgment cannot overrule the provisions of the Statute, nor can it be relied upon to justify non-compliance with obligations derived from the mandatory implementation of Chapter II of the Statute.

priée avant le choix de l'emplacement définitif, la Cour n'aurait pas dû se satisfaire d'une simple mention dans l'étude finale d'impact cumulé (ci-après «CIS», selon l'acronyme anglais de «Cumulative Impact Study») réalisée par la Société financière internationale (ci-après «SFI») selon laquelle Botnia avait, en 2004, évalué quatre emplacements avant de retenir le site de Fray Bentos. La CIS date de septembre 2006, c'est-à-dire plus d'un an et demi après l'autorisation de construire l'usine Orion (Botnia) qui remonte à février 2005, et elle est postérieure aux plaintes de l'Argentine concernant l'absence d'étude d'autres sites possibles et à l'introduction de l'instance devant la Cour. Deuxièmement, le passage de la CIS concernant l'évaluation effectuée par Botnia tient en une page, contenant une liste des quatre sites et un exposé sommaire des raisons pour lesquelles les autres emplacements ont été écartés.

55. D'après la CIS, les considérations «logistiques» ont été un des facteurs principaux dans la décision de Botnia et celle d'ENCE de ne pas retenir les autres sites, même s'il est avancé aussi que «les aspects environnementaux et structurels étaient également importants». Aucune précision n'est toutefois donnée quant auxdits aspects environnementaux et rien n'indique — cela n'est d'ailleurs pas affirmé non plus — que des évaluations de l'impact sur l'environnement aient été réalisées au sujet de ces autres sites possibles.

56. Les raisons invoquées par Botnia à l'appui de sa décision d'écarter les trois autres emplacements sont particulièrement frappantes : le site de La Paloma a été exclu à cause du voisinage de zones touristiques importantes, celui de Nueva Palmira, à cause de la présence de zones culturellement importantes (*Desembarco de los 33 Orientales*) et de la proximité de zones résidentielles «de haut standing», et celui de Paso de los Toros, parce que les quantités d'eau y étaient limitées. Les autres raisons énumérées sont de nature purement économique et portent sur le coût ainsi que sur les quantités d'eau douce disponibles. Le «tableau comparatif» figurant aux pages 2.10 et 2.11 de la CIS ne donne aucune indication sur la raison pour laquelle le choix du site de Fray Bentos pour la construction de l'usine offrait la plus grande sécurité sur le plan écologique, à part l'affirmation selon laquelle plus l'usine serait proche des plantations d'eucalyptus, moins il y aurait de dommages à l'environnement.

57. La présomption formulée dans l'arrêt, selon laquelle, «conformément aux articles 36 et 56 du statut de 1975, la CARU a certainement tenu compte de la capacité de réception et de la sensibilité des eaux du fleuve» (arrêt, par. 214), n'annule pas l'obligation d'évaluer la sensibilité et la vulnérabilité d'un site déterminé à l'avance par rapport à une utilisation concrète projetée et à l'impact particulier de celle-ci sur le site en question. Cela est conforme au strict respect de l'article 27, des articles 7 à 12 et de l'article premier du statut, ainsi qu'au fait que le digeste renvoie aux articles 7 à 12 en ce qui concerne les utilisations futures envisagées. Dans ce contexte, la présomption générale formulée dans l'arrêt ne saurait écarter les dispositions du statut, et elle ne peut davantage être invoquée pour justifier le non-respect d'obligations découlant de l'application

Moreover, the Court admits that the CARU standards were not exhaustive (Judgment, para. 202).

58. Because of Uruguay's procedural violations, both CARU and Argentina were deprived of the possibility to evaluate whether the planned activity was liable to affect the quality of the waters in that particular site of the River Uruguay. If procedural obligations had not been violated by Uruguay, CARU and Argentina would have had the chance to adequately take into consideration the geomorphological and hydrological characteristics of the river at the site and the capacity — more precisely the incapacity — of its waters to disperse and dilute different types of discharges from the projected works. Any inadequacy of the site itself, particularly with respect to certain areas of the river such as Fray Bentos, could have been detected if the obligations under Chapter II had been duly complied with.

*(ii) Consultation of the affected populations*

59. The Court recognizes that “[t]he Parties disagree on the extent to which the populations likely to be affected by the construction of the Orion (Botnia) mill, particularly on the Argentine side of the river, were consulted in the course of the environmental impact assessment” (*ibid.*, para. 215). The Parties’ disagreement concerns the results of the consultation of the affected populations, the extent to which concerns raised were taken into consideration and whether the consultation was meaningful. The Court further recognizes that both Parties agreed on such consultation, although the Court is of the view that “no legal obligation to consult the affected populations arises for the Parties from the instruments invoked by Argentina” (*ibid.*, para. 216).

60. The Court omits to refer to the unilateral obligation assumed by Uruguay to comply with established European standards requiring public consultation of local populations liable to be affected by transboundary projects in such a way as to guarantee their effective participation at an early stage (IPPC Directive, 1996).

61. The finding of the Court that the obligation to consult the affected populations does not arise from the instruments invoked by Argentina does not detract from the fact that both Parties were in agreement that consultation of the affected populations should form part of the environmental impact assessment.

62. The Court notes that both before and after the granting of the initial environmental authorization, Uruguay undertook activities aimed at consulting the affected populations (Judgment, para. 217) and that between June and November 2005 further consultations were conducted by the Consensus Building Institute, a non-governmental organization contracted by the IFC (*ibid.*, para. 218). The Court also notes that “[i]n December 2005, the draft CIS and the report prepared by the Con-

impérative du chapitre II du statut. De surcroît, la Cour reconnaît que les normes de la CARU n'étaient pas exhaustives (arrêt, par. 202).

58. En raison des violations des obligations procédurales de l'Uruguay, tant la CARU que l'Argentine ont été privées de la possibilité de déterminer si l'activité projetée pouvait affecter la qualité des eaux dans ce site particulier du fleuve Uruguay. Si les obligations procédurales n'avaient pas été violées par l'Uruguay, la CARU et l'Argentine auraient été en mesure de tenir dûment compte des caractéristiques géomorphologiques et hydrologiques du fleuve sur le site ainsi que de la capacité — ou, plus précisément, de l'incapacité — de ses eaux à disperser et à diluer différents types de rejets en provenance de l'usine projetée. Toute caractéristique rendant le site lui-même inapproprié, notamment en ce qui concerne certaines portions du fleuve telles que le tronçon qui borde Fray Bentos, aurait pu être découverte si les obligations découlant du chapitre II avaient été dûment respectées.

ii) *La consultation des populations concernées*

59. La Cour reconnaît que «[l]es Parties sont en désaccord sur la mesure dans laquelle les populations susceptibles d'être affectées par la construction de l'usine Orion (Botnia), notamment les riverains en Argentine, ont été consultées au cours de la réalisation de l'évaluation de l'impact sur l'environnement» (*ibid.*, par. 215). Le désaccord des Parties porte sur les résultats de la consultation des populations concernées, la mesure dans laquelle les préoccupations soulevées ont été prises en considération et la question de savoir si la consultation a été effective. La Cour reconnaît également que les Parties étaient d'accord sur le principe de cette consultation, même si elle estime qu'«aucune obligation juridique de consulter les populations concernées ne découle pour les Parties des instruments invoqués par l'Argentine» (*ibid.*, par. 216).

60. La Cour omet de mentionner l'obligation unilatérale contractée par l'Uruguay de respecter les normes européennes établies, qui exigent la consultation publique des populations locales susceptibles d'être affectées par les projets transfrontières, de manière à garantir la participation effective de ces populations à un stade précoce (directive PRIP de 1996).

61. La conclusion de la Cour selon laquelle l'obligation de consulter les populations concernées ne découle pas des instruments invoqués par l'Argentine n'enlève rien au fait que les deux Parties étaient convenues que la consultation des populations concernées devait faire partie de l'évaluation de l'impact sur l'environnement.

62. La Cour note que, tant avant qu'après l'octroi de l'autorisation environnementale préalable, l'Uruguay a entrepris des activités visant à consulter les populations concernées (arrêt, par. 217) et que, entre juin et novembre 2005, d'autres consultations ont été menées par le Consensus Building Institute, organisation non gouvernementale que la SFI avait chargée de ce travail (*ibid.*, par. 218). La Cour note également que, «[e]n décembre 2005, le projet d'étude d'impact cumulé et le rapport du

sensus Building Institute were released, and the IFC opened a period of consultation to receive additional feedback from stakeholders in Argentina and Uruguay” (Judgment, para. 218). In light of the above, the Court finds, at paragraph 219, “that consultation by Uruguay of the affected populations did indeed take place”. I disagree with this conclusion.

63. The Court does not answer the issues raised by the Parties. It does not make any pronouncements on the question of whether or not the concerns of the Argentine population were taken into account or if consultations were meaningful or not.

64. The consultation referred to by the Court at paragraph 217 of its Judgment was characterized by the Ombudsperson of the IFC as irrelevant and meaningless. The IFC ombudsperson presented her preliminary report entitled: “Complaint regarding IFC’s proposed investment in Celulosas de M’Bopicuá and Orion Projects” in which it is stated that the construction of the cellulose plants was presented as a *fait accompli* to those who had supposedly been consulted.

65. In my view, all of the consultations mentioned by the Court at paragraph 218 of its Judgment took place after environmental authorizations had been granted, and therefore are all meaningless. This is supported by the Court’s acknowledgement that “both Parties agree that consultation of the affected populations should form part of an environmental impact assessment” (*ibid.*, para. 215). This requires that the consultation must have taken place before the environmental impact assessment was issued. Thus, to my understanding, Uruguay has not complied with its due diligence obligation to consult the affected populations prior to the issue of the authorization to build the Orion (Botnia) mill.

66. The permanent protest of the population of Gualeguaychú is additional evidence of the non-fulfilment by Uruguay of its obligation to engage in a reasonable and meaningful consultation of the affected population on the Argentine side of the river.

(b) *Effluent discharges and the Court’s role in evaluating scientific data that proves violations of substantive obligations*

67. With regard to discharges of effluents from the Orion (Botnia) mill, I disagree with the Court’s conclusions which are based on an inadequate evaluation of data. It is also a matter of deep regret to me that the Court did not address the future cumulative effects of actual pollution generated by the Orion (Botnia) mill in order to assess future harmful effects during the 40-year lifespan of the plant.

68. I was particularly troubled by Uruguay’s inability to collect and produce reliable data. Most of the data that Uruguay submitted in its pleadings was provided by Botnia to Uruguay’s National Directorate for

Consensus Building Institute ont été publiés, et la SFI a ouvert une période de consultation afin de recevoir de nouveaux commentaires des parties prenantes en Argentine et en Uruguay» (arrêt, par. 218). Compte tenu de ce qui précède, la Cour conclut, au paragraphe 219, «qu'une consultation par l'Uruguay des populations concernées a bien eu lieu». Je ne souscris pas à cette conclusion.

63. La Cour ne répond pas aux questions soulevées par les Parties. Elle ne dit rien sur la question de savoir si les préoccupations de la population argentine avaient ou non été prises en compte, ou si la consultation avait ou non été effective.

64. D'après la médiatrice de la SFI, la consultation visée par la Cour au paragraphe 217 de son arrêt a été insignifiante et ineffective. Dans son rapport préliminaire intitulé «Complaint regarding IFC's proposed investment in Celulosas de M'Bopicuá and Orion Projects» (plainte concernant les investissements envisagés de la SFI dans les projets Celulosas de M'Bopicuá et Orion), la médiatrice a affirmé que la construction des usines de pâte à papier avait été présentée comme un fait accompli à ceux qui étaient censés être consultés.

65. A mon avis, toutes les consultations mentionnées par la Cour au paragraphe 218 de son arrêt se sont tenues après la délivrance des autorisations environnementales et sont donc toutes dépourvues d'effectivité. C'est ce que confirme la reconnaissance par la Cour du fait que «[I]es deux Parties conviennent que la consultation des populations concernées doit faire partie de l'évaluation de l'impact sur l'environnement» (arrêt, par. 215). Cela suppose que la consultation ait lieu avant la publication de l'évaluation de l'impact sur l'environnement. J'estime donc que l'Uruguay n'a pas fait preuve de la diligence requise pour consulter les populations concernées avant la délivrance de l'autorisation de construire l'usine Orion (Botnia).

66. Les protestations permanentes de la population de Gualeguaychú confirment, elles aussi, que l'Uruguay n'a pas respecté son obligation de procéder à une consultation raisonnable et effective de la population concernée du côté argentin du fleuve.

b) *Les rejets d'effluents et le rôle de la Cour dans l'évaluation des données scientifiques établissant des violations des obligations de fond*

67. En ce qui concerne les rejets d'effluents de l'usine Orion (Botnia), je ne souscris pas aux conclusions de la Cour, qui reposent sur une appréciation inadéquate des données. Je déplore aussi vivement que la Cour n'ait pas examiné les effets cumulés futurs de la pollution existante causée par l'usine Orion (Botnia) afin d'évaluer les effets nocifs futurs pendant la durée de vie de l'usine, qui est de quarante ans.

68. J'ai été particulièrement gêné par le fait que l'Uruguay n'a pas été en mesure de recueillir et de produire des données fiables. La plupart des données présentées par l'Uruguay dans ses écritures ont été communi-

the Environment (DINAMA) which passed it on to the Court. My main concern is that the Court attempts to draw solid and justified conclusions on the law — particularly in assessing Uruguay's substantive violations — without the weight of incontrovertible scientific evidence to bolster its conclusions. I believe that a judgment based on disputed data as well as on conclusions which have been reached without any independent scientific evaluation will not be able to withstand scrutiny, and in particular will not provide a solution that takes due account of the realities of the situation on the river.

69. Specific examples of facts that the Court dismisses — and which I will address in further detail below — include: discrepancies in the Adsorbable Organic Halogens (AOX) data collected by the two Parties, including extremely high measurements that were summarily discarded by DINAMA; an unexplained increase in bacteria associated with the pulping process after the commissioning of the Orion (Botnia) mill; discrepancies between data collected on phosphorus in the water; the February 2009 record of an algal bloom of an exceptionally high magnitude, intensity and toxicity, an event which occurred only after the commissioning of the plant; the threefold rise in levels of phenolic substances after the commissioning of the plant in violation of CARU standards for water quality for the river; the baffling existence of nonlyphenols in the water combined with the expert opinion presented by Argentina, according to which Botnia's assurances of the non-use of nonlyphenols at the mill was deeply flawed and inconsistent with the reality of pulp mill operations; the troubling existence of dioxins and furans in the air and aquatic environment. With respect to all of these polluting elements in the water, the Court considers that there is incomplete or disputed evidence establishing their presence and/or a link between their presence and the Orion (Botnia) mill. Basing its legal analysis on this incomplete evidence renders the Judgment itself incomplete.

70. In various key passages, the Court reaches conclusions on alleged substantial violations while acknowledging the lack of scientific certainty underpinning those findings: “Argentina has not convincingly demonstrated that Uruguay” (Judgment, para. 189); “the Court is not in a position to conclude that Uruguay” (*ibid.*, para. 228); it has “not been established to the satisfaction of the Court” (*ibid.*, para. 250); “there is insufficient evidence” (*ibid.*, para. 254); “there is no clear evidence to link” (*ibid.*, para. 259); “a clear relationship has not been established” (*ibid.*, para. 262); “the record does not show any clear evidence” (*ibid.*, para. 264).

71. However, despite the lack of specialized expert knowledge, the

quées par Botnia à la direction nationale de l'environnement de l'Uruguay (DINAMA), qui les a transmises à la Cour. Ce qui m'inquiète surtout, c'est que la Cour tente de formuler des conclusions fondées et solides sur le droit — en particulier lorsqu'elle apprécie les violations de fond commises par l'Uruguay — sans disposer de preuves scientifiques incontestables à l'appui de ses conclusions. J'estime qu'un arrêt reposant sur des données contestées ainsi que sur des conclusions formulées en l'absence de toute évaluation scientifique indépendante ne saurait résister à l'examen et, en particulier, qu'il n'apportera pas une solution tenant dûment compte des réalités de la situation sur le fleuve.

69. Voici quelques exemples concrets de faits dont la Cour ne tient pas compte, et sur lesquels je reviendrai plus en détail ci-dessous : les divergences entre les données concernant les composés organo-halogénés adsorbables (AOX) recueillies par les deux Parties, y compris des valeurs extrêmement élevées écartées sommairement par la DINAMA ; une hausse inexpliquée du taux de bactéries associée au processus de production de la pâte à papier après la mise en service de l'usine Orion (Botnia) ; les divergences dans les données recueillies concernant la teneur en phosphore de l'eau ; la prolifération d'algues observée en février 2009, d'une ampleur, d'une intensité et d'une toxicité exceptionnellement élevées, qui est survenue seulement après la mise en service de l'usine ; le triplement des taux de substances phénoliques après la mise en service de l'usine, en violation des normes de la CARU concernant la qualité des eaux du fleuve ; la présence déroutante de nonylphénols dans l'eau, qui doit être rapprochée du rapport d'expertise produit par l'Argentine selon lequel les affirmations de Botnia quant à l'absence d'utilisation de nonylphénols dans l'usine étaient fondamentalement inexactes et ne correspondaient pas à la réalité du fonctionnement d'une usine de pâte à papier ; la présence alarmante de dioxines et de furanes dans l'atmosphère et dans le milieu aquatique. Pour tous ces polluants de l'eau, la Cour estime que les éléments de preuve établissant leur présence et/ou un lien entre leur présence et l'usine Orion (Botnia) sont incomplets ou contestés. Or, le fait qu'elle fonde son analyse juridique sur ces éléments de preuve incomplets a pour effet que l'arrêt lui-même est incomplet.

70. Dans plusieurs passages essentiels, la Cour formule des conclusions concernant des violations de fond alléguées tout en reconnaissant l'absence de certitude scientifique à l'appui de ces conclusions : « l'Argentine n'a pas démontré de manière convaincante que l'Uruguay ... » (arrêt, par. 189) ; « la Cour n'est pas à même de conclure que l'Uruguay ... » (*ibid.*, para. 228) ; il « n'a ... pas été établi à la satisfaction de la Cour » (*ibid.*, par. 250) ; « les éléments de preuve sont insuffisants » (*ibid.*, par. 254) ; « les éléments de preuve ne permettent pas d'établir clairement un lien » (*ibid.*, par. 259) ; « aucun lien n'a pu être clairement établi » (*ibid.*, par. 262) ; « les éléments versés au dossier n'établissent pas clairement... » (*ibid.*, par. 264).

71. Manquant de compétences spécialisées, la Cour se donne néan-

Court sets itself the task of choosing what scientific evidence is best, discarding other evidence, and evaluating and weighing raw data and drawing conclusions. In my view, the specific discrepancies and general inconclusiveness of the data itself undermines the legal pronouncements of the Court. My concerns about the Court's reliance on this scientific data encourage my vigorous dissent.

72. In particular, the Court reflects upon the scientific submissions by the Parties in its discussion of the data. However, throughout this overview of the evidence, there is no discussion about the scientific integrity of the scientific methodologies applied. There is also no discussion about the scientific integrity of the results. This silence on the important issue of credibility of the scientific submissions reflects more than just an accidental oversight. Instead, this silence underscores the Court's lack of scientific competence and throws doubt on the Court's ability to determine whether the data is scientifically viable or credible. The Court does not have the proper expertise or knowledge to draw the expert conclusions that it makes, and this Judgment fully reflects that.

73. I will next address what I consider to be the main inconsistencies of the Court's evaluation process by reference to (i) adsorbable organic halogens; (ii) phosphorus; (iii) the algal bloom of February 2009; (iv) phenolic substances; (v) nonylphenols; (vi) dioxins and furans; and (vii) air pollution.

(i) *Adsorbable Organic Halogens (AOX)*

74. The Court in paragraph 228 notes that the levels of Adsorbable Organic Halogens (AOX) exceeded by more than double the acceptable levels in the river's water. While the Court notes that the initial environmental authorization from almost two years prior to the commissioning of the Orion (Botnia) mill did allow for yearly averaging of this parameter, it does not have the appropriate factual data to draw this conclusion. As the Court says, there is an "absence of convincing evidence" (Judgment, para. 228) proving that this is an isolated episode rather than an enduring problem. However, the Court does not then point to evidence that the yearly parameters themselves were met, nor does it suggest that convincing evidence has been provided to show that this result was just an errant data value. Instead, the Court ignores the potential danger that could stem from prolonged discharge of this persistent organic pollutant, and draws a conclusion that this data value is inconsequential.

moins pour tâche de déterminer quels éléments de preuve scientifiques sont les meilleurs, en écartant les autres, et d'apprécier la valeur des données brutes pour en tirer des conclusions. A mon avis, les divergences concrètes et le caractère généralement non concluant des données elles-mêmes affaiblissent les conclusions de la Cour sur les points de droit. J'estime préoccupant le fait que la Cour se fonde sur ces données scientifiques, ce qui m'amène à exprimer mon désaccord énergique.

72. En particulier, la Cour se penche sur les arguments scientifiques soumis par les Parties dans son analyse des données. Néanmoins, tout au long de cet examen des éléments de preuve, elle ne s'interroge pas sur l'intégrité scientifique des méthodologies scientifiques appliquées. Elle ne s'interroge pas non plus sur l'intégrité scientifique des résultats. Ce silence sur la question importante de la crédibilité des arguments scientifiques n'est pas dû à une simple omission. Il fait ressortir au contraire l'absence de compétences scientifiques de la Cour et jette le doute sur l'aptitude de celle-ci à déterminer si les données sont scientifiquement viables ou crédibles. La Cour ne possède pas les connaissances ou l'expérience qui lui seraient nécessaires pour tirer les conclusions expertes qu'elle formule, et cela ressort à l'évidence du présent arrêt.

73. J'aborderai à présent les principales incohérences caractérisant, à mon avis, le processus d'appréciation de la Cour en ce qui concerne: i) les composés organo-halogénés adsorbables; ii) le phosphore; iii) la prolifération d'algues de février 2009; iv) les substances phénoliques; v) les nonylphénols; vi) les dioxines et les furanes et vii) la pollution atmosphérique.

i) *Les composés organo-halogénés adsorbables (AOX)*

74. La Cour relève, au paragraphe 228, que les concentrations de composés organo-halogénés adsorbables (AOX) dans les eaux du fleuve étaient plus de deux fois supérieures aux valeurs admissibles. Elle note que l'autorisation environnementale préalable, délivrée près de deux ans avant la mise en service de l'usine Orion (Botnia), prévoyait la possibilité de calculer pour ce paramètre une moyenne annuelle, alors qu'elle ne dispose pas de données de fait suffisantes pour arriver à une telle conclusion. Elle constate une «absence d'éléments de preuve établissant de manière convaincante» (arrêt, par. 228) qu'il s'agissait là d'un épisode isolé et non d'un problème plus durable, mais elle ne relève pas ensuite des éléments de preuve démontrant que les paramètres annuels eux-mêmes avaient été respectés, pas plus qu'elle n'indique que les éléments de preuve produits établissent de manière convaincante que ce résultat ne constituait qu'une valeur de donnée erronée. Au contraire, la Cour méconnaît le danger potentiel que pourrait représenter le déversement sur une longue période de ce polluant organique persistant et conclut que la valeur de cette donnée est sans conséquence.

(ii) *Phosphorus*

75. The Court turns to phosphorus in paragraph 240. The Court notes that DINAMA stated clearly that the “effluent in the plant will emit [amounts of nitrogen and phosphorus] that are the approximate equivalent of the emission of the untreated sewage of a city of 65,000 people” (Judgment, para. 244). While the Court noted that this amount of the pollutant was a mere fraction of the total amount of nutrients being put into the river, it also referred to a section of the DINAMA Report that required that there be “compensation for any increase over and above the standard value for any of the critical parameters” (*ibid.*, para. 245). Despite this clear requirement, the Orion (Botnia) mill was commissioned and allowed to begin adding its effluent to an already eutrophic river without providing the “compensation” required by DINAMA. The sewage treatment agreement that was concluded between Botnia and Uruguay is still at a project stage, even though the plant began to operate in November 2007. The fact that the river is already eutrophic, meaning that the addition of nutrients could potentially cause serious damage to the ecosystem, is critical.

76. The Court acknowledges that the level of concentration of total phosphorus in the River Uruguay exceeds the very limits established by Uruguayan legislation in respect of water quality standards (*ibid.*, para. 247), standards that become applicable in the absence of CARU standards (*ibid.*, para. 242). The Court also notes that DINAMA recommended in its Environmental Impact Assessment of 11 February 2005 that in light of the heavy load of nutrients (phosphorus and nitrogen) in the river, “it [was] not appropriate to authorize *any* waste disposal that would increase any of the parameters that present critical values” (*ibid.*, para. 245; emphasis added). In addition, Uruguay pledged to abide by the regulations of the European Community, among which is the European Union Water Framework Directive which provides that in a river that is already eutrophic, no additional discharges of phosphorus are allowed. It follows that any additional discharges of phosphorus are contrary to the December 2001 Integrated Pollution Prevention and Control Reference Document on Best Available Techniques in the Pulp and Paper Industry of the European Commission (IPPC-BAT).

(iii) *The algal bloom of February 2009*

77. Uruguay never contested, nor has the Court addressed the issue, that the February 2009 scum was a toxic algal bloom of a magnitude,

ii) *Le phosphore*

75. La Cour passe ensuite, au paragraphe 240, à la question du phosphore. Elle relève que la DINAMA a clairement affirmé que «l'usine rejettera[it] [des quantités d'azote et de phosphore] équivalant approximativement aux rejets d'une ville de 65 000 habitants dépourvue de système de traitement des eaux usées» (arrêt, par. 244). Tout en notant que cette concentration du polluant ne constituait qu'une fraction de la quantité totale de nutriments rejetés dans le fleuve, la Cour cite également une section du rapport de la DINAMA dans laquelle celle-ci prescrit de prévoir «une compensation en cas d'augmentation provoquant le dépassement de la valeur standard pour l'un quelconque des paramètres critiques» (*ibid.*, par. 245). En dépit de cette prescription clairement formulée, l'usine Orion (Botnia) a été mise en service et autorisée à commencer à rejeter ses effluents dans un fleuve connaissant déjà des phénomènes d'eutrophisation sans qu'il soit prévu de «compensation» comme l'avait prescrit la DINAMA. L'accord sur le traitement des eaux usées conclu entre Botnia et l'Uruguay se trouve toujours à l'état de projet, alors que l'usine a commencé à fonctionner en novembre 2007. Le fait que le fleuve connaît déjà des problèmes d'eutrophisation, ce qui signifie que le rejet de nutriments supplémentaires risquerait de causer des dommages graves à l'écosystème, est un facteur critique.

76. La Cour reconnaît que la concentration de phosphore total dans le fleuve Uruguay dépasse les limites fixées par la législation uruguayenne elle-même en matière de normes de qualité de l'eau (*ibid.*, par. 247), ces normes étant devenues applicables à défaut de normes de la CARU (*ibid.*, par. 242). La Cour relève également que, dans son rapport d'évaluation de l'impact sur l'environnement du 11 février 2005, la DINAMA a recommandé que, au vu de la forte teneur en nutriments (phosphore et azote) dans le fleuve, «il serait contre-indiqué d'autoriser le rejet de déchets [dans la version anglaise, «*any waste disposal*», «*tout* rejet de déchets] de nature à accroître la valeur de tout paramètre ayant déjà atteint un seuil critique» (*ibid.*, par. 245; c'est moi qui souligne). En outre, l'Uruguay s'est engagé à respecter la réglementation de la Communauté européenne, dont la directive-cadre de l'Union européenne pour la gestion de l'eau, en vertu de laquelle les rejets supplémentaires de phosphore ne sont pas autorisés dans un fleuve connaissant déjà des phénomènes d'eutrophisation. Il s'ensuit que tout rejet supplémentaire de phosphore est contraire au document de référence de la Commission européenne de décembre 2001 sur les meilleures techniques disponibles en matière de prévention et de réduction intégrées de la pollution dans l'industrie de la pâte à papier (IPPC-BAT).

iii) *La prolifération d'algues de février 2009*

77. Le fait que l'écume de février 2009 était due à une prolifération d'algues toxiques d'une ampleur, d'une intensité et d'une toxicité qui

intensity and toxicity that has never been recorded in the river before — 1000 times higher than the historic maximum in the river — and that the bloom occurred after the Orion (Botnia) mill started operating.

78. Though the Court dismisses the possibility that nutrient discharges equivalent to a city of 65,000 people could truly be the “tipping point” that leads to toxic algal blooms, this determination is made without a coherent scientific basis. Even if it were true that the Orion (Botnia) mill only adds amounts of phosphorus which, as the Court says, is “insignificant in proportionate terms as compared to the overall total phosphorus in the river from other sources” (Judgment, para. 247), this does not alter the fact that the plant was and is adding phosphorus to the river without proper compensation through removal processes.

79. Claims to the effect that the yearly carnival at Gualeguaychú is the reason for the increase in phosphorus — an event which has not typically been accompanied by algal blooms in the past — merely reinforce the probability that the discharges from the pulp mill had a negative cumulative impact. Therefore, I cannot agree with the Court’s position that such a link should be rejected without providing a scientific basis. It is reasonable to consider the likelihood of a link existing between the algal bloom and the Orion (Botnia) mill given that the operation of the plant represents a new circumstance. As with other data, the Court would have benefited greatly from a more detailed and expert evaluation of the scientific facts.

80. I also have difficulty understanding the Court’s conclusion that the algal bloom episode of 4 February 2009 may not be linked, in light of the evidence in the record, to nutrient discharges from the Orion (Botnia) mill. During the proceedings, Argentina presented extensive data regarding this phenomenon which pointed to the Orion (Botnia) mill as a significant contributor. The evidence included satellite images showing the vast extent of the bloom, a river flow modelling based on actual data that matched precisely the distribution of the bloom, data indicating the presence in the scum, in addition to algae, of several effluent products coming directly from the Orion (Botnia) mill such as wood fibres, bacteria typically associated with wood pulp, namely, klebsiella, nonylphenol contaminants, and higher levels of sodium and AOX. The presence of those contaminants found in the scum provides clear evidence that the mill effluents contributed to the 4 February 2009 bloom.

n'avaient jamais été mesurées auparavant dans le fleuve — elles étaient 1000 fois supérieures au niveau maximal précédemment observé — et le fait que cette prolifération a été constatée après que l'usine Orion (Botnia) a commencé à fonctionner n'ont jamais été contestés par l'Uruguay, et la Cour ne s'y est pas non plus arrêtée.

78. La Cour écarte la possibilité que les rejets de nutriments équivalant à ceux d'une ville de 65 000 personnes constituent le « point de bascule » à l'origine de la prolifération d'algues toxiques, mais cette affirmation est dépourvue de base scientifique cohérente. Même s'il était vrai que le volume de phosphore rejeté dans le fleuve par l'usine Orion (Botnia) soit, comme le dit la Cour, « proportionnellement insignifiant, par rapport à la teneur globale du fleuve en phosphore total provenant d'autres sources » (arrêt, par. 247), cela ne changerait rien au fait que l'usine rejetait et continue de rejeter des quantités supplémentaires de phosphore dans le fleuve sans compensation appropriée au moyen de procédés d'élimination.

79. Les affirmations selon lesquelles l'augmentation de la teneur en phosphore serait due au carnaval annuel de Gualeguaychú — événement qui d'ordinaire ne s'était pas accompagné d'une prolifération d'algues dans le passé — ne font que renforcer la probabilité d'effets négatifs cumulés des rejets provenant de l'usine de pâte à papier. Je ne puis donc suivre la Cour lorsqu'elle conclut que l'existence d'un tel lien doit être rejetée sans fournir de justification scientifique. Il est raisonnable d'envisager la probabilité d'un lien entre la prolifération d'algues et l'usine Orion (Botnia), étant donné que l'exploitation de l'usine constitue une circonstance nouvelle. De même que pour les autres données, la Cour aurait grandement profité d'une évaluation plus détaillée des faits scientifiques par des experts.

80. Il m'est également difficile de comprendre la conclusion de la Cour selon laquelle il est possible, au vu des éléments de preuve versés au dossier, que l'épisode de prolifération d'algues du 4 février 2009 soit sans rapport avec les rejets de nutriments de l'usine Orion (Botnia). Au cours de la procédure, l'Argentine a produit sur ce phénomène une grande quantité de données qui mettaient en évidence la contribution importante de l'usine Orion (Botnia). Ces éléments de preuve comprenaient des images satellite montrant la grande étendue de la prolifération, une modélisation du débit du fleuve basée sur des données réelles correspondant exactement à la répartition de la prolifération, des données indiquant la présence dans l'écume, en plus des algues, de plusieurs effluents provenant directement de l'usine Orion (Botnia), tels que des fibres de bois, des bactéries généralement associées à la pâte à papier, telles que la klebsiella, des nonylphénols, ainsi que des concentrations élevées de sodium et d'AOX. La présence de ces polluants dans l'écume prouve clairement que les effluents de l'usine ont contribué à la prolifération d'algues du 4 février 2009.

(iv) *Phenolic substances*

81. Once again, the question of phenolic substances reveals the great deal of difficulty that the Court has faced in its attempts to resolve the scientific issues at stake in this case, including the difficulty of “identifying” and properly evaluating — among the numerous and complex scientific data produced by the Parties — the evidence and arguments in the record that are relevant.

In dealing with phenolic substances, the Court concluded that “there is insufficient evidence to attribute the alleged increase” (Judgment, para. 254) to the operation of the Orion (Botnia) mill. However, the CARU standard which sets the limit for phenolic substances at one microgramme per litre has been violated in the immediate vicinity of the Orion (Botnia) mill. According to the Uruguayan data submitted by Argentina, in the pre-operational phase of the Orion (Botnia) mill until November 2007, phenolic substances were below that maximum level as shown by Uruguay’s State Agency for Sanitary Works (OSE) measurements in the Fray Bentos water intake, located just 3 km south of the Orion (Botnia) mill and 70 metres offshore. In contrast, the latest OSE data, from 13 November 2007 until 13 May 2009, show that since the Orion (Botnia) mill went into operation the average level of phenolic substances rose to three microgrammes per litre (the average was three times higher than CARU standards, with peak levels of 20.7 microgrammes per litre, which is 20 times higher than CARU standards). As phenols are present in the wood lignin, certain amounts of phenols will necessarily be part of the effluent from the Orion (Botnia) mill. During the proceedings, Argentina compared and contrasted DINAMA’s data used by Uruguay, with the data collected by OSE, a government agency that makes ordinary assessments of water quality for the Fray Bentos water intake. However, the Judgment only reflects DINAMA’s assessment even though the OSE data seems to be much more relevant to prove the quality and origin of the Orion (Botnia) mill’s discharges. Had the Court taken into consideration the OSE data, the Court would have come to a different conclusion: that there is evidence to attribute an increase in the level of concentration of phenolic substances in the river to the operation of the Orion (Botnia) mill.

82. Although the Court hinges its conclusion on the lack of evidence that the Orion (Botnia) mill was responsible, it does not directly address the discrepancies in the data or the credibility of the conclusions. But by determining that some of the Uruguayan data is more reflective of the realities on the river than others, the Court essentially draws conclusions about the scientific viability of the evidence without any scientific competence to do so. The Court would have been better served had it

*iv) Les substances phénoliques*

81. La question des substances phénoliques illustre elle aussi l'ampleur des difficultés auxquelles la Cour a fait face dans ses efforts pour trancher les questions scientifiques en cause dans cette affaire, et notamment la difficulté qu'il y a à « identifier » et apprécier correctement, parmi les données scientifiques nombreuses et complexes produites par les Parties, les éléments de preuve et arguments versés au dossier qui sont pertinents.

Au sujet des substances phénoliques, la Cour a conclu que « les éléments de preuve [étaient] insuffisants pour attribuer l'augmentation alléguée » (arrêt, par. 254) aux activités de l'usine Orion (Botnia). Néanmoins, la norme de la CARU, fixant le taux maximum des substances phénoliques à 1 microgramme par litre, a été dépassée à proximité immédiate de l'usine Orion (Botnia). D'après les données uruguayennes produites par l'Argentine, au cours de la phase précédant la mise en service de l'usine Orion (Botnia), jusqu'en novembre 2007, la concentration des substances phénoliques était inférieure à ce plafond, comme il ressort des relevés effectués par l'organisme public uruguayen chargé de l'assainissement et de la distribution de l'eau (OSE) au niveau de la prise d'eau de Fray Bentos, située à 3 kilomètres seulement au sud de l'usine Orion (Botnia) et à 70 mètres de la rive. Par opposition, les données les plus récentes de l'OSE, concernant la période du 13 novembre 2007 au 13 mai 2009, indiquent que, depuis la mise en service de cette usine, la concentration moyenne des substances phénoliques a atteint 3 microgrammes par litre (la valeur moyenne était trois fois supérieure aux normes de la CARU, la valeur maximale étant de 20,7 microgrammes par litre, soit vingt fois plus que les normes de la CARU). Etant donné que la lignine de bois contient des phénols, une certaine quantité de phénols sera nécessairement présente dans les effluents de l'usine Orion (Botnia). Au cours de la procédure, l'Argentine a comparé et opposé les données de la DINAMA utilisées par l'Uruguay à celles recueillies par l'OSE, organisme public qui procède à des évaluations régulières de la qualité de l'eau au niveau de la prise d'eau de Fray Bentos. Or, l'arrêt ne tient compte que de l'évaluation de la DINAMA, alors même que les données de l'OSE semblent nettement plus pertinentes pour prouver la qualité et l'origine des rejets de l'usine Orion (Botnia). Si la Cour avait pris en considération les données recueillies par l'OSE, elle serait arrivée à une conclusion différente, à savoir que les éléments de preuve permettent d'attribuer l'augmentation de la concentration de substances phénoliques dans le fleuve aux activités de l'usine Orion (Botnia).

82. Bien que la Cour fonde sa conclusion sur l'absence de preuves établissant la responsabilité de l'usine Orion (Botnia), elle n'examine pas directement les divergences entre les données ni la crédibilité des conclusions. En décidant que certaines des données fournies par l'Uruguay reflètent mieux que d'autres les réalités du fleuve, la Cour formule pourtant des conclusions concernant la viabilité scientifique des éléments de preuve sans disposer des compétences scientifiques nécessaires. La Cour

relied on clearer data and obtained a more convincing analysis of the evidence.

(v) *Nonylphenols*

83. In the case of nonylphenols and nonylphenoethoxylates, the Court again determines that even though the presence of these substances has been detected in areas most affected by the mill's discharged effluents, there is no convincing data that the plant is using these detergents.

84. I find it surprising that the conclusion of the Court is that there is not enough evidence in the record as to the claim made by Argentina that the Orion (Botnia) mill emits or has discharged nonylphenols into the river environment. In its Scientific and Technical Report submitted on 30 June 2009, Argentina presented extensive data showing the presence of nonylphenols in samples of water, sediments, settling particles, Asiatic clams and cyanobacteria found in the River Uruguay in the mill's area of influence (New Documents submitted by Argentina, Vol. I, Scientific and Technical Report, p. 41). The samples were taken during the 4 February 2009 algal bloom, but also during other periods, and all the samples show an increase in the level of nonylphenols. Additionally, during the oral hearings, Argentina presented an analysis of a pulp sample allegedly from the Orion (Botnia) mill that showed that the pulp contained nonylphenols. Uruguay never contested or rebutted these assertions by Argentina as to this sample, and the Court similarly does not address this evidence in the Judgment.

85. In addition to the affidavit from the Botnia official presented by Uruguay, Argentina also presented the Court on 19 October 2009, in response to the same question put forward by a judge, an affidavit prepared by a Canadian expert on pulp mills that confirms Argentina's expert team's findings regarding the use of nonylphenols.

86. The Court gave weight to the self-serving testimony of the Botnia employee that the mill does not use these detergents over evidence from Argentina that cleaning processes related to the use of this type of wood without detergents is almost impossible. Combined with the data that these detergents have been detected in areas rich with the mill's effluent — where they have already begun to affect the river's fauna — the Court's summary conclusion seems, at the very least, unsupported by the evidence. An independent expert on detergent use in pulp mills could have easily determined the credibility to be given to each Party's claims in this regard, but the Court decided that this amount of certainty was unnecessary.

aurait gagné à se fonder sur des données plus claires et à s'assurer une analyse plus convaincante des éléments de preuve.

v) *Les nonylphénols*

83. Au sujet des nonylphénols et des éthoxylates de nonylphénol, la Cour décide une fois de plus que, bien que la présence de ces substances ait été constatée dans les zones les plus touchées par les rejets de l'usine, il n'y a pas de données convaincantes établissant que l'usine utilise ces détergents.

84. Il me paraît surprenant que la Cour ait conclu que les éléments de preuve versés au dossier ne suffisaient pas à étayer l'affirmation de l'Argentine selon laquelle l'usine Orion (Botnia) rejette, ou a rejeté, des nonylphénols dans l'environnement du fleuve. Dans son rapport scientifique et technique présenté le 30 juin 2009, l'Argentine a fourni de très nombreuses informations établissant la présence de nonylphénols dans des échantillons d'eau, des sédiments, des particules en décantation, des coquillages asiatiques et des cyanobactéries trouvés dans le fleuve Uruguay, dans la zone d'influence de l'usine (nouveaux documents produits par l'Argentine, vol. I, rapport scientifique et technique, p. 41). Les échantillons ont été prélevés au moment de la prolifération d'algues du 4 février 2009, mais également pendant d'autres périodes, et ils indiquent tous une augmentation de la concentration de nonylphénols. En outre, au cours de la procédure orale, l'Argentine a produit une analyse d'un échantillon de pâte à papier provenant selon elle de l'usine Orion (Botnia), dont il ressortait que la pâte à papier contenait des nonylphénols. L'Uruguay n'a jamais contesté ni réfuté ces affirmations de l'Argentine concernant ledit échantillon, et la Cour ne dit rien non plus de cet élément de preuve dans son arrêt.

85. Outre la déclaration sous serment du responsable de Botnia produite par l'Uruguay, l'Argentine a également présenté à la Cour, le 19 octobre 2000, en réponse à la même question posée par l'un des juges, une déclaration sous serment d'un expert canadien spécialiste des usines de pâte à papier, qui confirme les conclusions de l'équipe d'experts de l'Argentine sur l'utilisation de nonylphénols.

86. La Cour a accordé plus de poids au témoignage *pro domo* de l'employé de Botnia, selon lequel l'usine n'utilisait pas ces détergents, qu'aux éléments de preuve produits par l'Argentine et établissant que les opérations de nettoyage liées à l'utilisation de ce type de bois sont à peu près impossibles sans détergents. Compte tenu aussi des données qui indiquent la présence de ces détergents dans des zones contenant de grandes quantités d'effluents en provenance de l'usine — où ils ont déjà commencé à affecter la faune du fleuve —, la conclusion sommaire de la Cour semble, c'est le moins qu'on puisse dire, ne pas être étayée par les éléments de preuve. Un expert indépendant spécialiste de l'utilisation des détergents dans les usines de pâte à papier aurait facilement pu évaluer la crédibilité des affirmations de chacune des Parties à cet égard: la Cour cependant a décidé qu'un tel degré de certitude n'était pas nécessaire.

87. I regret that the Court did not rely on all the relevant data submitted by the Parties in order to conclude that discharges from the Orion (Botnia) mill plant included nonylphenols.

(vi) *Dioxins and furans*

88. With regard to dioxins and furans, the Court again evaluates the scientific viability of the data of Argentina and Uruguay from a lay perspective and without the benefit of an independent expert opinion. The Court does not have the requisite expertise to ascertain what the appropriate method is for measuring dioxins and furans or whether the study by Botnia followed scientific or industry standards and how to link the presence of pollutants to the operation of the Orion (Botnia) mill.

(vii) *Air pollution*

89. The Court, in view of its own findings with respect to water quality, is of the opinion that “the record does not show any clear evidence that substances with harmful effects have been introduced into the aquatic environment of the river through the emissions of the Orion (Botnia) mill into the air” (Judgment, para. 264).

90. In my view, the Court fails to take due consideration of the fact that Article 36 of the 1975 Statute establishes the obligation to co-ordinate through CARU the necessary measures to control “harmful factors in the river and the areas affected by it” and that Article 41 states the obligation to prevent pollution. Recreational and bathing activities take place in the river and in areas affected by it. The Digest of the uses of the River Uruguay, in the Chapter on Pollution, defines “industrial pollution” as “caused by gas emissions stemming from industrial activities” (Digest, Theme E3: Pollution, Title 1, Chap. 1, Sec. 2: Definitions, Art. 1 (b)), while the definition of “harmful effects” includes threats to health and reductions in recreational activities (Chap. 1, Sec. 2).

91. In my view, the Court fails to recognize that air pollution linked to the Orion (Botnia) mill may affect not only the River Uruguay but also the areas affected by it, including human health and recreational activities. The Court consequently makes no assessment of the potential impact in this regard.

*V. Final Remarks on Substantive Obligations*

92. Given the scientific complexity of the case, it is my considered belief that the Court should have availed itself of the provisions in its Rules aimed at enabling the Court to gain a clearer understanding of technical evidence. This approach would have allowed the Court to reach

87. Je regrette que la Cour ne se soit pas fondée sur toutes les données pertinentes produites par les Parties afin de conclure que les rejets de l'usine Orion (Botnia) contenaient des nonylphénols.

vi) *Les dioxines et les furanes*

88. En ce qui concerne les dioxines et les furanes, la Cour évalue une fois encore la viabilité scientifique des données produites par l'Argentine et l'Uruguay en non-spécialiste, sans s'assurer le bénéfice d'un avis d'expert indépendant. La Cour ne possède pas les compétences techniques qui lui permettraient de décider de la méthode appropriée pour mesurer le taux de dioxines ou de furanes, ou déterminer si l'étude réalisée par Botnia était conforme aux normes scientifiques ou industrielles, ou encore comment on peut établir un lien entre la présence de polluants et les activités de l'usine Orion (Botnia).

vii) *La pollution atmosphérique*

89. Eu égard à ses propres conclusions sur la qualité de l'eau, la Cour estime que «les éléments versés au dossier n'établissent pas clairement que des substances toxiques ont été introduites dans le milieu aquatique en conséquence des rejets atmosphériques de l'usine Orion (Botnia)» (arrêt, par. 264).

90. A mon avis, la Cour ne tient pas dûment compte du fait que l'article 36 du statut de 1975 prévoit l'obligation de coordonner, par l'intermédiaire de la CARU, les mesures nécessaires pour contrôler «les facteurs nocifs sur le fleuve et dans ses zones d'influence» et que l'article 41 institue l'obligation d'empêcher la pollution. Le fleuve et ses zones d'influence sont utilisés à des fins de récréation et de baignade. Dans son chapitre consacré à la pollution, le digeste sur les utilisations des eaux du fleuve Uruguay définit la «pollution industrielle» comme celle «causée par les émissions de gaz résultant d'activités industrielles» (digeste, point E3 «Pollution», titre 1, chap. 1, sect. 2 «Définitions», art. 1 b)), tandis qu'il inclut dans la définition des «effets nocifs» les risques pour la santé et la réduction des activités de récréation (chap. 1, sect. 2).

91. A mon avis, la Cour ne reconnaît pas que la pollution atmosphérique liée à l'usine Orion (Botnia) peut affecter non seulement le fleuve Uruguay, mais également ses zones d'influence, y compris la santé humaine et les activités récréatives. La Cour ne cherche donc pas à apprécier les incidences potentielles à cet égard.

V. *Observations finales concernant les obligations de fond*

92. Etant donné la complexité scientifique de l'affaire, je suis sérieusement convaincu que la Cour aurait dû appliquer les dispositions de son Règlement visant à lui permettre de mieux appréhender les éléments de preuve de nature technique. Cette approche lui aurait permis de conférer

its conclusions regarding the substantive obligations of Uruguay with scientific certainty.

93. How is the Court to fulfil its “responsibility . . . to determine which facts must be considered relevant, to assess their probative value, and to draw conclusion from them” (Judgment, para. 168) in the face of the volume and complexity of the factual information submitted to it by the Parties? The Judgment states that “in keeping with its practice, the Court will make its own determination of the facts” (*ibid.*). However, the Court’s Statute provides that: “The Court may, at any time, entrust any individual, body, bureau, commission, or other organization that it may select, with the task of carrying out an enquiry or giving an expert opinion.” (Art. 50.) The Court has made use of its powers under Article 50 twice. In the *Corfu Channel* case, it first appointed a committee of three naval experts on a question of fact, contested between the Parties and relevant for the question of Albania’s responsibility (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Order of 17 December 1948, I.C.J. Reports 1947-1948*, p. 124 *et seq.*). Once the committee had submitted its report, the Court decided that it should proceed with an *in situ* examination and submit a second report (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 151). The Court relied on the advice of a second committee in order to assess the amount of compensation owed to the United Kingdom. Moreover, in the *Gulf of Maine* case, the Chamber followed a request by the Parties that it appoint a technical expert in order to assist in the delimitation of the maritime boundary (*Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America), Appointment of Expert, Order of 30 March 1984, I.C.J. Reports 1984*, pp. 165 *et seq.* and reference in the Judgment, *I.C.J. Reports 1984*, p. 265, para. 18). Although the appointment was made following a request by the Parties, it came within the scope of Article 50.

94. The PCIJ also decided at the indemnities stage of the *Chorzów Factory* case to seek expert advice before fixing the amount of compensation (*Factory at Chorzów, Merits, Order of 13 September 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 99 *et seq.*).

95. In conclusion, seeking an expert opinion to resolve matters of fact in the light of the complexity of the evidence would have been entirely consistent with the practice of the Court. Article 50 of the Statute was conceived precisely for cases like the current one. The Court could and should have called for an expert opinion to assess the scientific and factual evidence presented by the Parties. Whatever delay might have been caused by the additional investigation would have been outweighed by the Court’s increased competence to render an effective Judgment. The Court does itself a disservice by not ensuring that its ruling is based on factual certainty.

96. In my view, the Court’s own findings raise doubts concerning the presence or absence of pollutive factors in the river associated with discharges from the Orion (Botnia) mill. The Court’s conclusions, to my

une certitude scientifique à ses conclusions sur les obligations de fond de l'Uruguay.

93. Comment la Cour doit-elle s'acquitter de la mission qui «lui incombe ... de déterminer quels faits sont à prendre en considération, d'en apprécier la force probante et d'en tirer les conclusions appropriées» (arrêt, par. 168), vu le volume et la complexité des informations factuelles qui lui ont été soumises par les Parties? Il est dit dans l'arrêt que, «fidèle à sa pratique, la Cour se prononcera sur les faits» (*ibid.*). Son statut cependant prévoit que, «[à] tout moment, la Cour peut confier une enquête ou une expertise à toute personne, corps, bureau, commission ou organe de son choix» (art. 50). La Cour a usé à deux reprises de ses prérogatives en vertu de l'article 50. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, elle a d'abord nommé une commission de trois experts navals au sujet d'une question de fait contestée entre les Parties et importante pour l'appréciation de la responsabilité de l'Albanie (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, ordonnance du 17 décembre 1948, C.I.J. Recueil 1947-1948, p. 124 et suiv.). Après que la commission eut rendu son rapport, la Cour a décidé qu'elle devait procéder à une enquête sur les lieux et présenter un second rapport (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 151). La Cour s'est fondée sur l'avis d'une seconde commission pour évaluer le montant de l'indemnisation due au Royaume-Uni. En outre, en l'affaire du *Golfe du Maine*, la Chambre a fait droit à la demande des Parties tendant à ce qu'elle nomme un expert technique pour l'aider dans la délimitation de la frontière maritime (*Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)*, nomination d'expert, ordonnance du 30 mars 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 165 et suiv., ainsi que la mention dans l'arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 265, par. 18). Bien que répondant à la demande des Parties, la nomination de l'expert a été faite dans le cadre de l'article 50.

94. En l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, au stade de la demande en indemnité, la CPJI avait également décidé de recourir à l'expertise avant de fixer le montant de la réparation (*Usine de Chorzów*, fond, ordonnance du 13 septembre 1928, C.P.J.I. série A n° 17, p. 99 et suiv.).

95. En conclusion, eu égard à la complexité des éléments de preuve, le recours à l'expertise pour trancher des questions de fait aurait été pleinement conforme à la pratique de la Cour. L'article 50 du statut a été prévu précisément pour des cas comme celui-ci. La Cour aurait pu et aurait dû demander une expertise pour évaluer les éléments de preuve scientifiques et factuels produits par les Parties. Le retard qu'auraient pu entraîner les mesures d'instruction supplémentaires aurait été compensé par le fait que la Cour aurait été mieux à même de statuer valablement. La Cour se fait du tort en ne veillant pas à ce que sa décision repose sur des faits certains.

96. A mon avis, les constatations de la Cour suscitent elles-mêmes des doutes quant à la présence ou à l'absence dans le fleuve de facteurs polluants associés aux rejets provenant de l'usine Orion (Botnia). J'estime

mind, do not dispel the likelihood of a link between the Orion (Botnia) mill and the unprecedented algal bloom in February 2009, the presence of phenolic substances, and the detection of prohibited nonylphenols in pulp samples and in the aquatic environment, as well as the detection of dioxins and furans in the aquatic environment of the River Uruguay and in the air.

97. Even if these factors are not considered individually by the Court as satisfactorily established, I do strongly believe that if they were taken into account as a whole these polluted discharges from the mill evidence Uruguay's non-compliance with its substantive obligations to ensure the optimum and rational utilization of the River Uruguay.

98. I would finally like to express my disappointment with the Court's approach when dealing with substantive obligations under the 1975 Statute. To my understanding the Court should have taken into account not only the actual impact of the discharges from the Orion (Botnia) mill, but also the cumulative long-term effects of those discharges in light of the 40-year lifespan of the plant. The discharges from the Orion (Botnia) mill over its lifetime are not a mere expectation but a certainty to come. In that context, the Executive Summary of Argentina's Scientific and Technical Report submitted to the Court on 30 June 2009 states that "The main outcome of this study is the detection of changes associated to the pulp mill activities that could act as an *early warning framework* to anticipate future major and more irreversible ecosystem damages." (Emphasis in the original.)

99. As the Court has stated in the past: "the environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn" (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 241, para. 29); and also that:

"The Court is mindful that, in the field of environmental protection, vigilance and prevention are required on account of the often irreversible character of damage to the environment and of the limitations inherent in the very mechanism of reparation of this type of damage.

Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind — for present and future generations — of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to

que les conclusions de la Cour n'écartent pas la probabilité de l'existence d'un lien entre l'usine Orion (Botnia) et la prolifération d'algues sans précédent survenue en février 2009, la présence de substances phénoliques et la détection de nonylphénols interdits dans les échantillons de pâte à papier et dans le milieu aquatique, ainsi que la détection de dioxines et de furanes dans le milieu aquatique du fleuve Uruguay et dans l'atmosphère.

97. Même si la Cour estime que l'existence de ces facteurs pris isolément n'a pas été établie de manière satisfaisante, je suis fermement convaincu que, considérés ensemble, ces rejets de polluants provenant de l'usine auraient prouvé le non-respect par l'Uruguay de ses obligations de fond d'assurer l'utilisation optimale et rationnelle du fleuve Uruguay.

98. Je voudrais enfin exprimer ma déception quant à l'approche adoptée par la Cour à l'égard des obligations de fond en vertu du statut de 1975. A mon sens, la Cour aurait dû prendre en considération non seulement l'impact réel des rejets en provenance de l'usine Orion (Botnia), mais également leurs effets cumulés à long terme compte tenu de la durée de vie de l'usine, qui est de quarante ans. Les rejets de l'usine Orion (Botnia) tout au long de sa durée d'exploitation ne constituent pas une simple possibilité, mais un fait à venir certain. A cet égard, on lit dans le résumé analytique du rapport scientifique et technique de l'Argentine soumis à la Cour le 30 juin 2009 : «[l]e principal résultat de cette étude est la détection de variations résultant des activités de l'usine de pâte à papier qui pourraient servir de *cadre de pré-alerte* pour anticiper des altérations futures de l'écosystème importantes et plus irréversibles» (les italiques sont dans l'original).

99. La Cour a déclaré dans le passé que «l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir» (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 241, par. 29); et également :

«La Cour ne perd pas de vue que, 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.

Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité — qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures —, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces nouvelles normes doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des Etats

reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development.” (*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 78, para. 140.)

100. In due consideration to these past findings of the Court, I regret that by not taking into account the long-term effects of the already existing pollution attributable to the Orion (Botnia) mill, the Court, in my opinion, pre-empted its opportunity to apply the precautionary principle to properly prevent pollution and preserve the aquatic environment of the River Uruguay in conformity with the 1975 Statute and general international law.

(Signed) Raúl VINUESA.

---

envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement.» (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 78, par. 140.)

100. Compte tenu de ces conclusions formulées par la Cour dans le passé, je regrette que, en ne tenant pas compte des effets à long terme de la pollution existante imputable à l'usine Orion (Botnia), la Cour n'ait pas su saisir l'occasion d'appliquer le principe de précaution afin d'empêcher efficacement la pollution et de préserver le milieu aquatique du fleuve Uruguay conformément au statut de 1975 et au droit international général.

(*Signé*) Raúl VINUESA.

---

