

## DÉCLARATION DE M. LE JUGE GREENWOOD

[Traduction]

*Mesures conservatoires — Critères — Exigence d'un risque de préjudice irréparable à des droits qu'une des parties pourrait se voir reconnaître — Les droits dont la protection est demandée doivent être plausibles — Signification de la plausibilité dans ce contexte — Application à la présente espèce — Mesure appropriée pour écarter tout risque de dommage environnemental à une zone humide.*

1. Quoique j'aie voté en faveur des différents points du dispositif et souscrive à l'essentiel du raisonnement développé dans l'ordonnance, j'émet certaines réserves au sujet du point 2 du dispositif, dans lequel la Cour aurait selon moi dû aller plus loin et engager les Parties à coopérer pour faire face au risque qu'un dommage irréparable ne soit causé à l'environnement avant qu'elle puisse se prononcer au fond.

### LES CRITÈRES RÉGISSANT L'INDICATION DE MESURES CONSERVATOIRES

2. Avant d'en venir à ces réserves, il convient de formuler quelques observations au sujet des critères qui régissent l'indication de mesures conservatoires. Étant donné que, en application du paragraphe 1 de l'article 74 de son Règlement, la Cour doit statuer d'urgence sur toute demande en indication de mesures conservatoires, sans procédure écrite et dans un délai limité, ces critères ne sauraient être aussi rigoureux que ceux qui doivent être appliqués dans les phases ultérieures de l'examen d'une affaire. La nature de la procédure d'examen des demandes en indication de mesures conservatoires ne permet pas aux parties de présenter, ni à la Cour d'examiner, les éléments de preuve ou arguments détaillés relatifs aux questions juridiques qui seront requis au stade de la compétence ou du fond. De plus, une décision sur une demande en indication de mesures conservatoires ne constitue pas une décision provisoire au fond; ainsi qu'il ressort clairement de l'article 41 du Statut, elle a pour seul objet de protéger les droits respectifs des parties dans l'attente de l'arrêt que la Cour pourra rendre sur le fond. A ce jour, celle-ci a rendu quarante et une ordonnances sur des demandes en indication de mesures conservatoires, et, quelle qu'ait pu être par le passé l'incertitude sur ce point, les critères auxquels il doit être satisfait pour que des mesures conservatoires puissent être indiquées sont désormais bien établis. Ainsi que la Cour l'a précisé la dernière fois qu'elle a examiné cette question (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 139*), trois conditions doivent en effet être satisfaites:

- i) il doit apparaître *prima facie* que les dispositions invoquées par le demandeur constituent une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée;
- ii) les mesures conservatoires indiquées par la Cour doivent viser à protéger des droits que l'une des parties pourrait ultérieurement se voir reconnaître; et
- iii) les mesures indiquées doivent être nécessaires pour protéger ces droits.

3. Je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle, en la présente espèce, la première condition est manifestement satisfaite. En effet, lorsqu'un demandeur invoque des dispositions contraignantes pour les deux parties et que le défendeur ne conteste pas la compétence au cours de la procédure relative aux mesures conservatoires, la conclusion selon laquelle il y a *prima facie* compétence s'impose.

4. La deuxième condition appelle des observations plus approfondies. Étant donné que l'indication de mesures conservatoires vise à protéger des droits que l'une des parties pourrait ultérieurement se voir reconnaître, celle-ci ne saurait se contenter d'affirmer qu'elle dispose d'un droit — encore faut-il que cette prétention ait quelque chance d'aboutir. La question est de savoir quel seuil exiger. De toute évidence, il n'est pas nécessaire que la partie en question démontre qu'il sera fait droit à sa prétention lors de l'examen au fond. L'obliger à aller aussi loin reviendrait à transformer la procédure relative aux mesures conservatoires en une sorte de procédure sommaire sur le fond — par trop sommaire, étant donné les contraintes que j'ai mentionnées au paragraphe 2 ci-dessus. À l'inverse, la simple affirmation de l'existence d'un tel droit ne saurait suffire, puisque, dans l'hypothèse où elle serait manifestement infondée, l'on ne saurait considérer qu'il s'agit d'un droit que la partie dont émane cette affirmation pourrait ultérieurement se voir reconnaître. Ce qui est requis, c'est davantage qu'une affirmation mais moins qu'une preuve; autrement dit, la partie en question doit montrer qu'il existe au moins une possibilité raisonnable que le droit qu'elle revendique existe d'un point de vue juridique et que la Cour le lui reconnaîtra. Je souscris par conséquent aux vues exprimées sur ce point par M. le juge Abraham dans son opinion individuelle en l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay) (exceptions préliminaires, ordonnance du 13 juillet 2006, C.I.J. Recueil 2006, p. 141)*.

5. Différents termes peuvent être employés pour qualifier le critère applicable en la matière. La Cour a retenu le terme «plausible» (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009, p. 151, par. 57*), mais elle aurait tout aussi bien pu opter pour le terme «défendable» [«arguable»] (plus communément employé dans les systèmes de *common law*). Selon moi, le terme retenu pour qualifier le critère importe peu. Ce qui importe, c'est le critère lui-même, la Cour ayant à mon sens, dans les ordonnances qu'elle a rendues en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), mesures conservatoires*, et en la présente espèce, clairement

indiqué qu'il convenait de démontrer qu'il s'agissait d'une possibilité raisonnable. Ce faisant, elle n'a pas formulé une condition supplémentaire, mais s'est contentée d'explicitier les conséquences du principe général selon lequel les mesures conservatoires ont pour raison d'être de protéger des droits que l'une des parties pourrait se voir reconnaître. Dire que quelque chose *pourrait* se produire signifie qu'il existe une perspective raisonnable que cela *se produise*. En conséquence, ce n'est que s'il existe une perspective raisonnable qu'une partie réussisse à établir qu'elle possède le droit qu'elle revendique, et que celui-ci est applicable en l'espèce, que l'on sera fondé à considérer qu'elle *pourrait* se voir reconnaître ce droit.

6. Toutefois, pour que cette deuxième condition soit pleinement satisfaite, il faut en outre qu'existe un lien entre les mesures conservatoires indiquées et le droit qui fait l'objet d'une prétention plausible. Il s'agit là encore d'une conséquence du principe général selon lequel ces mesures doivent avoir pour objet de protéger le droit que l'une des parties pourrait ultérieurement se voir reconnaître.

7. La troisième condition revêt elle aussi deux aspects. Les mesures conservatoires ne sont nécessaires que, premièrement, s'il existe un risque qu'un préjudice irréparable ne soit causé à un droit qu'une des parties pourrait se voir ultérieurement reconnaître et, deuxièmement, s'il y a urgence au sens où le préjudice en question risque de se produire avant que la Cour ne puisse statuer au fond. Là encore, eu égard à la nature de la procédure relative aux mesures conservatoires, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'un préjudice irréparable *sera* causé, mais seulement qu'il *pourrait* l'être.

8. Une partie qui sollicite des mesures conservatoires doit, pour qu'il soit fait droit à sa demande, démontrer que ces conditions sont toutes trois satisfaites. Ce nonobstant, la Cour a la faculté d'indiquer des mesures différentes de celles qui ont été demandées, voire d'agir d'office sans qu'aucune demande ait été formulée (voir l'article 75 du Règlement); dans ces deux hypothèses, il lui faut tout de même s'assurer que les mesures qu'elle envisage d'indiquer satisfont aux conditions énoncées ci-dessus, puisque celles-ci découlent des dispositions de l'article 41 du Statut. La seule exception — qui n'est d'ailleurs que partielle — est l'indication de mesures prescrivant aux parties de s'abstenir de tout acte qui risquerait d'aggraver ou d'étendre le différend. De telles mesures n'ont en effet pas pour seul objet de protéger les droits que l'une ou l'autre partie pourrait se voir reconnaître, mais ont un objectif plus large.

#### APPLICATION DE CES CRITÈRES EN L'ESPÈCE

9. En l'espèce, les critères exposés ci-dessus doivent être appliqués à deux questions distinctes (bien que connexes), concernant l'une le *caño* qui relie le chenal principal du fleuve San Juan à la lagune de Harbor Head, et l'autre les conséquences des travaux de dragage que le Nicaragua effectue plus en amont.

10. Comparativement, la seconde question est simple. Le Costa Rica affirme qu'il tient du point 6 de la troisième partie de la sentence Cleveland (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XXVIII, p. 210) le droit que son territoire ne soit pas endommagé, inondé ou occupé, et que ses droits de navigation sur le fleuve San Juan (qui est situé au Nicaragua) ou sur le fleuve Colorado (qui est situé au Costa Rica) ne soient pas réduits à néant ou gravement perturbés par les opérations de dragage. Le point 6 de la troisième partie de la sentence Cleveland prévoit que

«[l]a République du Costa Rica ne peut empêcher la République du Nicaragua d'exécuter à ses propres frais et sur son propre territoire de tels travaux d'amélioration<sup>1</sup>, à condition que le territoire du Costa Rica ne soit pas occupé, inondé ou endommagé en conséquence de ces travaux et que ceux-ci n'arrêtent pas ou ne perturbent pas gravement la navigation sur ledit fleuve ou sur l'un quelconque de ses affluents en aucun endroit où le Costa Rica a le droit de naviguer».

Le Nicaragua affirme qu'il n'est satisfait ni à la deuxième ni à la troisième des conditions requises pour l'indication de mesures conservatoires. En ce qui concerne la deuxième, il soutient que, aux termes du point 6 de la troisième partie de la sentence, le Costa Rica n'a le droit qu'à une indemnisation financière si les travaux de dragage portent préjudice à son territoire ou à ses droits de navigation. La question de savoir si cette interprétation de la sentence est correcte relève de l'examen au fond; au stade actuel de la procédure, je souscris à l'opinion exprimée au paragraphe 59 de l'ordonnance, selon laquelle l'interprétation contraire que fait le Costa Rica de cette partie de la sentence ne saurait être écartée au motif qu'elle ne serait pas plausible. Aussi, dès lors que, d'une part, la Cour pourrait juger que le Costa Rica possède bien les droits qu'il revendique, et que, d'autre part, il existe un lien manifeste entre ces droits et les mesures demandées, je suis moi aussi d'avis qu'il a été satisfait à la deuxième condition.

11. Je souscris également à la conclusion (formulée au paragraphe 82 de l'ordonnance) selon laquelle il ne ressort pas des éléments de preuve qui ont été présentés à la Cour qu'il a été satisfait à la troisième condition. Je pense toutefois que la Cour aurait dû mieux expliquer les raisons qui l'ont conduite à cette conclusion. A cet égard, le point essentiel est le fait que le Nicaragua a affirmé devant la Cour que l'opération de dragage était, et continuerait d'être, d'une ampleur fort limitée tant du point de vue du type de matériel utilisé que de celui de la quantité de sédiments déplacés, qu'elle ne donnerait lieu à aucune opération (y compris de déversement de sédiments) sur le territoire du Costa Rica, et qu'elle réduirait le débit des eaux alimentant le fleuve Colorado de 5 % tout au plus. La Cour doit prendre au sérieux de telles déclarations formulées par un

<sup>1</sup> L'expression «de tels travaux» renvoie au point 4 de la troisième partie de la sentence Cleveland, qui porte sur les travaux nécessaires «pour assurer une navigation libre et sans encombre sur le fleuve ... ou pour améliorer celle-ci dans l'intérêt commun».

Etat qui comparait devant elle, surtout lorsque, comme en l'espèce, les éléments de preuve qui lui ont été présentés ne suffisent pas à les démentir. C'est pourquoi il n'a pas, selon moi, été établi qu'il existait un risque de préjudice irréparable pour les droits que le Costa Rica pourrait se voir reconnaître. Cette conclusion ne vaut toutefois que si les opérations de dragage ne dépassent pas les limites mentionnées ci-dessus. Si le Nicaragua élargissait ces opérations, il serait naturellement loisible au Costa Rica de réitérer sa demande en indication de mesures conservatoires.

12. La première question est plus complexe. L'élément essentiel qui sous-tend la thèse du Costa Rica est que, aux termes de la première sentence Alexander en date du 30 septembre 1897 (*RSA*, vol. XXVIII, p. 215-222), la frontière suit la rive droite de ce qui, sur les cartes, représente le chenal principal du fleuve San Juan, Isla Portillos étant ainsi entièrement située au Costa Rica alors que la lagune de Harbor Head se trouve au Nicaragua. Celui-ci soutient quant à lui que, quelle qu'ait pu être la situation à la date de la sentence, c'est le *caño*, que l'on rencontre en suivant le rivage de la lagune à partir de Punta Castilla (point de départ de la frontière), qui doit aujourd'hui être considéré comme étant le premier chenal du fleuve San Juan. Selon lui, c'est donc la rive droite du *canõ* qui constitue la frontière, la zone contestée de Isla Portillos appartenant au Nicaragua et non au Costa Rica. Il ressort cependant clairement des réponses du Nicaragua aux questions posées par les membres de la Cour ainsi que des observations du Costa Rica sur ces réponses que le Nicaragua n'avait pas, avant les événements d'octobre et de novembre 2010 — événements qui ont conduit à l'introduction de la présente instance —, informé le Costa Rica qu'il considérait cette zone comme faisant partie de son territoire.

13. Au vu de ce qui précède, il est évident que, ainsi que la Cour l'a conclu, la prétention du Costa Rica sur la zone litigieuse satisfait au critère de plausibilité. Je n'étais pas au départ convaincu qu'elle satisfasse à l'exigence selon laquelle les mesures conservatoires doivent être nécessaires pour empêcher tout risque de préjudice irréparable, mais le rapport de la mission consultative établie par le Secrétariat de la convention de Ramsar m'a convaincu qu'il existait bel et bien un risque de dommage environnemental irréparable pour la zone litigieuse qui fait partie de la zone humide désignée par le Costa Rica au titre de cet instrument. Quoique le Nicaragua ait contesté les conclusions figurant dans ce rapport et produit lui-même un rapport, qu'il avait commandé à d'autres experts, avançant des conclusions fort différentes, la question n'est pas, à ce stade, de savoir si un dommage environnemental sera causé à la zone humide en litige, elle est seulement de savoir si tel pourrait être le cas. Selon moi, le Costa Rica a démontré que cela pourrait effectivement se produire. C'est pourquoi des mesures conservatoires visant à prévenir un tel dommage me semblent effectivement appropriées.

14. La question est de savoir quelle forme ces mesures doivent prendre. Le deuxième point du dispositif de l'ordonnance confère en fait au Costa Rica la responsabilité exclusive de prendre des mesures dans la

zone en litige pour empêcher qu'un dommage environnemental ne soit causé à celle-ci. Contrairement à mes collègues qui ont voté contre ce point du dispositif, je ne pense pas qu'il contrevienne au principe selon lequel la Cour ne saurait préjuger des questions qui doivent être tranchées lors de l'examen au fond. Je considère en effet que la Cour est fondée à tenir compte de ce que la zone en litige fait partie de la zone humide désignée par le Costa Rica au titre de la convention de Ramsar et que le *statu quo ante* était que le Costa Rica, et non le Nicaragua, avait assumé des responsabilités en application des dispositions de cette convention aux fins de protéger l'environnement dans la zone en question.

15. Mes réserves sont plutôt d'ordre pratique. Le rapport de la mission Ramsar met en lumière le lien environnemental très étroit qui existe entre la zone en litige et les eaux de la lagune de Harbor Head. En fait, il donne à penser que c'est sur l'écosystème de la lagune lui-même que l'accroissement du volume des eaux qui s'y déversent depuis le *caño* fait peser le risque le plus important. En réalité, les eaux de la lagune et la zone humide du secteur en litige, bien qu'il puisse être ultérieurement établi qu'elles sont situées dans deux pays différents, sont indissociables du point de vue environnemental. Aussi aurais-je préféré que la Cour franchisse un pas supplémentaire en enjoignant aux Parties de coopérer l'une avec l'autre, et avec le Secrétariat de la convention de Ramsar, en vue de prévenir tout risque de dommage environnemental irréparable, reconnaissant ainsi que la zone en litige ne saurait, à cette fin, être totalement dissociée de la lagune. Selon moi, une mesure appropriée aurait consisté à exiger des deux Parties qu'elles s'efforcent, en coopération avec le Secrétariat de la convention de Ramsar et en tenant compte aussi bien de cet instrument que des principes directeurs en matière de coopération que la mission consultative Ramsar énonce dans son rapport, de concevoir et de mettre en œuvre une série de mesures de protection. Si j'ai néanmoins pu voter en faveur du deuxième point du dispositif, c'est en raison des références à la coopération qui y figurent, ainsi qu'au paragraphe 80 de l'ordonnance. J'aurais cependant préféré que cette obligation soit énoncée de façon plus claire et plus explicite dans le dispositif. Les deux Parties ont assuré la Cour de leur souci de protéger les zones humides dans la région. Il est probable qu'en pratique cet objectif ne pourra être effectivement réalisé que dans le cadre d'une approche coopérative. Aussi, dans l'attente de l'arrêt au fond en la présente instance, les Parties doivent surmonter leurs divergences afin de coopérer en concevant des mesures propres à écarter tout risque de dommage environnemental, la mise en œuvre de ces mesures incombant au Costa Rica en ce qui concerne la zone en litige (y compris le *caño*), et au Nicaragua en ce qui concerne le fleuve San Juan et la lagune. Une telle approche serait conforme à l'esprit des mesures indiquées par la Cour.

(Signé) Christopher GREENWOOD.

---