

DISSENTING OPINION OF JUDGE SALAM

[Original English Text]

Vote against the operative part of the Judgment — Disagreement with the reasoning of the Court concluding that no obligation to negotiate can be inferred from the documents presented by the Parties — Agreement with the conclusion that the conditions for the application of the principles of estoppel, acquiescence and legitimate expectations are not satisfied — Existence of an obligation of conduct and not an obligation of result.

1. I disagree with the Court's Judgment on fundamental aspects of its analysis of a number of documents presented by the Parties, and the conclusions it reaches concerning the "obligation to negotiate" which Bolivia claims to exist. It is therefore with regret that I am voting against the operative part of the Judgment, and I append this dissenting opinion to explain my position.

2. I should note first of all that, in my opinion, one of the main features of an "obligation to negotiate" is that it is, by its very nature, of a limited scope. As Michel Virally wrote, "in assuming an obligation to negotiate, a State reserves the right to disagree — and therefore the right to prevent a settlement — on the sole condition that it acts in good faith, which may be difficult to verify"¹. Of course, this also explains the low threshold of persuasion which is required, in my opinion, to demonstrate the existence of an intention to be bound to negotiate. Such an intention may be inferred from a number of factors: first, the context and in particular the existence of a cause justifying the intention to be "bound to negotiate"; next, the actual terms of the various instruments which reflect that intention; and finally, the practice subsequent to those instruments.

3. As the Court has noted on numerous occasions, "international agreements may take a number of forms and be given a diversity of names" (see, for example, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 120, para. 23). The question whether Parties have concluded an international agreement is therefore one of substance rather than form. The Court has referred on this point to Article 2, paragraph 1 (a), of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, which provides that for the purposes of that Convention, "[t]reaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law,

¹ M. Virally, "Panorama du droit international contemporain: cours général de droit international public", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1983, Vol. 183, p. 240.

OPINION DISSIDENTE DE M. LE JUGE SALAM

[Texte original français]

Vote contre le dispositif de l'arrêt — Désaccord avec le raisonnement suivi par la Cour pour conclure qu'aucune obligation de négocier ne peut être déduite des pièces présentées par les Parties — Accord avec la conclusion selon laquelle les conditions d'application des doctrines de l'estoppel, de l'acquiescement et des attentes légitimes ne sont pas réunies — Existence d'une obligation de comportement et non de résultat.

1. Je suis en désaccord avec l'arrêt de la Cour sur des aspects essentiels de son analyse de plusieurs des pièces présentées par les Parties, ainsi que des conclusions qu'elle en tire au sujet de l'« obligation de négocier » dont la Bolivie allègue l'existence. Je me vois donc, non sans regret, de voter contre le dispositif de l'arrêt; et je joins cette opinion dissidente pour expliquer ma position.

2. Je voudrais souligner tout d'abord que, à mon avis, l'une des principales caractéristiques de l'« obligation de négocier » est qu'elle est de par sa nature même de portée limitée. En effet, comme l'a écrit Michel Virally, « en assumant une obligation de négocier, l'Etat se réserve le droit au désaccord — donc le droit d'empêcher le règlement — à la seule condition de se comporter de bonne foi, ce qui peut être difficilement contrôlé »¹. Bien entendu, ceci explique également le bas seuil de persuasion qui serait requis, à mon avis, pour démontrer l'existence d'une intention de se lier à négocier. Une telle intention peut être déduite de plusieurs indices, à savoir, d'abord, le contexte et plus particulièrement l'existence d'une cause qui justifie l'intention de se « lier à négocier »; ensuite, les termes mêmes des différents instruments qui reflètent cette intention; et, enfin, la pratique postérieure à ces instruments.

3. Comme la Cour a eu l'occasion de le rappeler à de nombreuses reprises, « un accord international peut prendre des formes variées et se présenter sous des dénominations diverses » (voir par exemple *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 120, par. 23). La question de savoir si des Parties ont conclu un accord international est donc une question de fond et non de forme. La Cour a sur ce point renvoyé au paragraphe 1 a) de l'article 2 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, qui dispose que, aux fins de cette convention, « l'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit

¹ M. Virally, « Panorama du droit international contemporain : cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1983, t. 183, p. 240.

whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation". It is recognized in particular that an exchange of letters may constitute an international agreement creating rights and obligations for the parties involved (*I.C.J. Reports 1994*, p. 122, para. 30).

4. Bolivia has ascribed particular importance to the Notes exchanged by Alberto Ostria Gutierrez, the Bolivian Ambassador to Chile, and Horacio Walker Larrain, the Chilean Minister for Foreign Affairs, on 1 June and 20 June 1950, respectively. I disagree with the Court's analysis of those Notes, for the following reasons.

5. In his Note of 1 June 1950, the Bolivian Ambassador referred to a number of declarations by Chilean officials on the issue of negotiation with Bolivia and addressed the Chilean Minister as follows:

"With such important precedents [. . .] that identify a clear policy direction of the Chilean Republic, *I have the honour of proposing to His Excellency that the Governments of Bolivia and Chile formally enter into direct negotiations to satisfy Bolivia's fundamental need to obtain its own sovereign access to the Pacific Ocean, solving the problem of Bolivia's landlocked situation on terms that take into account the mutual benefit and genuine interests of both nations.*" (Judgment, para. 51; emphasis added.)

6. In his Note of reply of 20 June 1950, the Chilean Foreign Minister acknowledges receipt of Bolivia's Note and states the following:

"From the quotes contained in the note I answer, it flows that the Government of Chile, together with safeguarding the *de jure* situation established in the Treaty of Peace of 1904, has been willing to study *through direct efforts with Bolivia* the possibility of satisfying the aspirations of the Government of Your Excellency and the interests of Chile.

At the present opportunity, I have the honour of expressing to Your Excellency that *my Government will be consistent with that position and that, motivated by a fraternal spirit of friendship towards Bolivia, is open formally to enter into a direct negotiation aimed at searching for a formula [. . .] that would make it possible to give Bolivia its own sovereign access to the Pacific Ocean, and for Chile to obtain compensation of a non-territorial character which effectively takes into account its interests.*" (*Ibid.*, para. 52; emphasis added.)

7. These Notes were drafted by persons who must be regarded as representing and capable of committing their State, merely by virtue of exercising their functions. They were subsequently published. We must therefore consider the ordinary meaning to be given to their terms in their

consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière». Il est établi en particulier qu'un échange de lettres peut être constitutif d'un accord international créant des droits et obligations pour les parties en cause (*C.I.J. Recueil 1994*, p. 122, par. 30).

4. La Bolivie a attaché une importance particulière aux notes échangées par M. Alberto Ostria Gutierrez, ambassadeur de la Bolivie au Chili, et M. Horacio Walker Larrain, ministre chilien des affaires étrangères, le 1^{er} juin et le 20 juin 1950, respectivement. Je suis en désaccord avec l'analyse qu'en fait la Cour pour les raisons qui suivent.

5. Dans sa note du 1^{er} juin 1950, l'ambassadeur bolivien, après s'être référé à plusieurs déclarations d'officiels chiliens relatives à la question de négociation avec la Bolivie, s'est adressé au ministre chilien en ces termes :

«Compte tenu de ces importants précédents ... qui témoignent d'une orientation claire de la politique de la République du Chili, j'ai l'honneur de vous proposer que les Gouvernements de la Bolivie et du Chili engagent officiellement des négociations directes en vue de satisfaire au besoin fondamental que représente pour la Bolivie l'obtention d'un accès souverain à l'océan Pacifique qui lui soit propre, et de résoudre ainsi son problème d'enclavement en veillant à ce que les deux peuples bénéficient d'avantages réciproques et à ce que leurs intérêts véritables soient respectés.» (Arrêt, par. 51; les italiques sont de moi.)

6. Dans sa réponse par une note datée du 20 juin 1950, le ministre chilien des affaires étrangères accuse réception de la note bolivienne et indique ce qui suit :

«Il ressort des citations figurant dans la note à laquelle j'ai l'honneur de répondre que, tout en étant soucieux de préserver la situation juridique créée par le traité de paix de 1904, le Gouvernement chilien s'est montré disposé à examiner *directement ... avec la Bolivie* la possibilité de satisfaire aux aspirations de votre gouvernement, dans le respect des intérêts du Chili.

En cette occasion, j'ai l'honneur de vous faire connaître que *mon gouvernement demeurera fidèle à cette position et que, dans un esprit d'amitié fraternelle envers la Bolivie, il est prêt à engager officiellement des négociations directes visant à rechercher une formule ... qui permettrait d'octroyer à la Bolivie un accès souverain à l'océan Pacifique qui lui soit propre, et au Chili d'obtenir une compensation de nature non territoriale tenant pleinement compte de ses intérêts.*» (*Ibid.*, par. 52; les italiques sont de moi.)

7. Ces notes ont été rédigées par des personnes devant être réputées représenter leur Etat et capables de l'engager, du seul fait de l'exercice de leurs fonctions. Elles ont par la suite été publiées. Il convient alors d'examiner le sens ordinaire à attribuer à leurs termes dans leur contexte,

context, in accordance with Article 31, paragraph 1, of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

8. It is evident from the wording of the Notes exchanged that, at the time they were drafted, the two States considered that negotiations with a view to concluding an agreement that would confer reciprocal benefits on both Parties were the only feasible way of attempting to satisfy Bolivia's aspirations. It is also clear from the terms of the Notes that they express the core of the undertaking to which the Parties had consented, namely to "formally enter into direct negotiations". The Notes identify the aim of the negotiations agreed on: to confer "mutual benefit" on both Parties. On this point, it was understood that the benefit sought by Bolivia — obtaining "its own sovereign access to the Pacific Ocean" — was identified in advance of the negotiations. In return, Chile would receive "compensation of a non-territorial character which effectively takes into account its interests". Let us here underline that Chile itself acknowledges that, in June 1950, it was "attracted by the possibility of an agreement with Bolivia in which Bolivia, in return for sovereign access to the sea, would allow the waters of Lake Titicaca and other highland lakes to be channelled into Chile to be used for irrigation and hydroelectric power production" (Rejoinder of Chile, para. 1.14). It was in this context and with a view to fulfilling this objective that Chile agreed to be bound to negotiate with Bolivia.

9. I would also point out that Chile's Note was itself a response to Bolivia's Note and, in so far as it reproduced the core terms of the undertaking proposed by Bolivia, it cannot be regarded, as Chile claims, as a counter-proposal requiring any response from the Applicant.

10. In light of the foregoing, I conclude that the passages cited from the Notes exchanged in 1950, taken in their ordinary meaning and in their context, and given that the persons who drew them up had the capacity to commit their respective States, should have been interpreted by the Court as establishing an agreement between the Parties on the need to negotiate on the question of granting Bolivia sovereign access to the Pacific Ocean.

11. In fact, in the context of the many exchanges on the subject of Bolivia's landlocked situation that have taken place between Bolivia and Chile since the 1904 Treaty, it is my view that it was with the 1950 exchange of Notes that an "obligation to negotiate" crystallized between the Parties.

12. This interpretation is confirmed by the Parties' subsequent practice, and in particular by the reference to the Note of 20 June 1950 made by the Chilean Ambassador in La Paz, Manuel Trucco, in a memorandum of 10 July 1961 addressed to the Bolivian Foreign Minister (Counter-Memorial of Chile, Vol. 3, Ann. 158). In this memorandum, the Chilean Ambassador says that "Chile has always been open (translated

conformément au paragraphe 1 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

8. Il ressort du libellé des notes échangées que les deux Etats considéraient, au moment de leur rédaction, que la négociation en vue de conclure un accord conférant aux deux Parties des avantages réciproques était la seule solution envisageable pour tenter de répondre aux aspirations manifestées par la Bolivie. Il ressort en outre du libellé de ces notes que celles-ci consacrent dans les mêmes termes l'essentiel de l'engagement auquel les Parties ont consenti — à savoir, «engager officiellement des négociations directes». Les notes identifient l'objectif des négociations ainsi consenties : accorder des «avantages réciproques» aux deux Parties. Sur ce point, il était entendu que l'avantage souhaité par la Bolivie — l'obtention d'un «accès souverain à l'océan Pacifique qui lui soit propre» — était identifié en amont des négociations. Pour le Chili, sa contrepartie consisterait dans l'obtention d'une «compensation de nature non territoriale tenant pleinement compte de ses intérêts». Soulignons ici que le Chili lui-même reconnaît que, en juin 1950, il avait été «attiré par la possibilité d'un accord avec la Bolivie aux termes duquel cette dernière lui permettrait, en contrepartie d'un accès souverain à la mer, de s'alimenter en eau dans le lac Titicaca et d'autres lacs des hauts plateaux andins à des fins d'irrigation et de production hydroélectrique» (duplicata du Chili, par. 1.14). C'est dans ce contexte et en vue de satisfaire cet objectif que le Chili a consenti à se lier à négocier avec la Bolivie.

9. J'observe en outre que la note chilienne constituait elle-même une réponse à la note bolivienne et, dans la mesure où elle reprenait l'essentiel des termes de l'engagement proposé par la Bolivie, elle ne peut s'analyser, ainsi que le prétend le Chili, comme une contre-proposition qui aurait appelé une quelconque réponse de la part de la demanderesse.

10. Compte tenu de ce qui précède, je conclus que les passages cités des notes échangées en 1950, lus selon leur sens ordinaire et dans leur contexte, et compte tenu de la capacité de leurs rédacteurs à engager l'Etat, auraient dû être interprétés par la Cour comme établissant un accord entre les Parties sur la nécessité de négocier au sujet de la question de l'octroi à la Bolivie d'un accès souverain à l'océan Pacifique.

11. En fait, dans le contexte des nombreux échanges sur la question de l'enclavement de la Bolivie entre cette dernière et le Chili depuis le traité de 1904, c'est avec ces notes de 1950 que se cristallise, à mon avis, une «obligation de négocier» entre les Parties.

12. Cette interprétation est confirmée par la pratique ultérieure des Parties, et en particulier par la référence qui a été faite à la note du 20 juin 1950 par l'ambassadeur du Chili à La Paz, M. Manuel Trucco, dans un mémorandum en date du 10 juillet 1961 adressé au ministre bolivien des affaires étrangères (contre-mémoire du Chili, vol. 3, annexe 158). Dans ce mémorandum, l'ambassadeur chilien indique que «[l]e Chili a toujours été prêt

by Bolivia as “been willing”) . . . to study, in direct dealings with Bolivia, the possibility of satisfying its aspirations and the interests of Chile”. He adds that

“Note number 9 of [the Chilean] Ministry of Foreign Affairs, dated in Santiago on 20 June 1950, is a clear testimony (translated by Bolivia as “clear evidence”) of those purposes”,

and continues :

“Through it, Chile states that it is ‘open formally to enter into a direct negotiation aimed at searching for a formula that would make it possible to give Bolivia its own sovereign access to the Pacific Ocean (translated by Bolivia as “expresses having ‘full consent to initiate as soon as possible, direct negotiations aimed at satisfying the fundamental national need of own sovereign access to the Pacific Ocean”’), and for Chile to obtain compensation of a non-territorial character which effectively takes into account its interests.” (Judgment, para. 55.)

13. The Bolivian Minister for Foreign Affairs replied to this memorandum on 9 February 1962 (Memorial of Bolivia, Vol. II, Ann. 25). The Minister’s reply states that, for Bolivia, the Trucco Memorandum confirmed that Chile’s willingness to negotiate with Bolivia was based on “communication number 9, dated Santiago, 20 June 1950”. Bolivia also added that, for the purpose of reaching an agreement, the Bolivian Government expresses

“its full consent to initiate, as soon as possible, direct negotiations aimed at satisfying the fundamental national need of its own sovereign access to the Pacific Ocean, in return for compensation that, without being territorial in character, takes into account the reciprocal benefits and effective interests of both countries” (Judgment, para. 56).

The circumstances of the case are also significant here. Chile had a direct reason to renew its undertaking to negotiate with Bolivia: to dissuade Bolivia from raising the issue of its sovereign access to the Pacific Ocean in the context of a planned Inter-American Conference focusing on arms limitation (Counter-Memorial of Chile, para. 6.23).

14. Given the terms used and the context in which these texts were drafted, the exchange consisting of the Trucco Memorandum and Bolivia’s response to it should be interpreted as renewing an agreement to negotiate between the Parties. I would point out here that Chile’s arguments that the Trucco Memorandum was not an “official note” and was unsigned are unconvincing, since the Memorandum was communicated to Bolivia through official channels and contained “an exposition of Chile’s views at that time” (Counter-Memorial of Chile, para. 6.25). I

(«disposé», selon la traduction anglaise produite par la Bolivie) à étudier, dans le cadre de pourparlers directs avec la Bolivie, la possibilité de satisfaire aux aspirations de celle-ci tout en préservant ses propres intérêts». Il ajoute que

«[L]a note n° 9 datée à Santiago du 20 juin 1950 et émanant [du] ministère des affaires étrangères [chilien] traduit («démontre», selon la traduction anglaise produite par la Bolivie) clairement ces intentions»

et poursuit dans ces termes :

«Dans ce document, le Chili affirme qu'il est «disposé à engager officiellement des négociations directes visant à rechercher une formule qui permettrait d'octroyer à la Bolivie un accès souverain à l'océan Pacifique qui lui soit propre («exprime son consentement plein et entier à entamer dès que possible des négociations directes en vue de satisfaire au besoin national fondamental que constitue pour [elle] un accès souverain à l'océan Pacifique qui lui soit propre», selon la traduction anglaise produite par la Bolivie), et au Chili d'obtenir une compensation de nature non territoriale tenant pleinement compte de ses intérêts».» (Arrêt, par. 55.)

13. Le ministre bolivien des affaires étrangères a répondu à ce mémorandum le 9 février 1962 (mémoire de la Bolivie, vol. II, annexe 25). La réponse du ministre indique que, pour la Bolivie, le mémorandum Trucco confirmait que la disposition du Chili à négocier avec la Bolivie résultait de la «note n° 9 datée à Santiago du 20 juin 1950». La Bolivie y précise en outre que, afin de parvenir à un accord, le Gouvernement bolivien exprime

«son consentement plein et entier à entamer dès que possible des négociations directes en vue de satisfaire au besoin national fondamental que constitue pour la Bolivie un accès souverain à l'océan Pacifique qui lui soit propre, en échange de compensations qui, sans être de nature territoriale, bénéficient aux deux pays et prennent en compte leurs véritables intérêts» (arrêt, par. 56).

Les circonstances de l'espèce sont également significatives ici. Le Chili avait une cause directe pour renouveler son engagement à négocier avec la Bolivie : dissuader cette dernière de soulever la question de son accès souverain au Pacifique dans le cadre de la conférence interaméricaine sur la limitation des armements qui était prévue (contre-mémoire du Chili, par. 6.23).

14. Vu les termes employés et le contexte dans lequel ces textes ont été rédigés, l'échange constitué par le mémorandum Trucco et la réponse apportée par la Bolivie devraient être interprétés comme renouvelant un accord des Parties portant sur la négociation. J'observe à cet égard que les arguments du Chili, selon lesquels le mémorandum Trucco ne constituait pas une «note officielle» et n'était pas signé, ne sont pas convaincants puisque ce mémorandum a été communiqué par voie officielle à la Bolivie et contenait bien «l'exposé des vues qui étaient celles du Chili à l'époque»

would add that the fact that Bolivia took six months to send a Note responding to receipt of the Trucco Memorandum does not as such preclude a meeting of minds between the Parties. I consider that the Trucco Memorandum and Bolivia's follow-up Note constitute, in any event, relevant subsequent practice confirming the agreement to negotiate resulting from the 1950 exchange of Notes.

15. I would also note that on 8 February 1975, the Bolivian and Chilean Presidents met and agreed to a joint declaration (the so-called "Charaña Declaration"), where it is stated that

"[b]oth Heads of State, within a spirit of mutual understanding and constructive intent, *have decided* (translated by Chile as "have resolved") *to continue the dialogue*, at different levels, in order to search for formulas (translated by Chile as "seek formulas") to solve the vital issues that both countries face, *such as the landlocked situation that affects Bolivia*, taking into account the mutual interests (translated by Chile as "their reciprocal interests") and aspirations of the Bolivian and Chilean peoples" (Judgment, para. 62; emphasis added).

16. The wording of this declaration shows that the two Parties did not consider, in 1975, that the negotiations between them had gone far enough. It shows their intention to continue the negotiations in order to resolve, among other things, "the landlocked situation that affects Bolivia".

17. In my opinion, Chile's undertaking to negotiate with Bolivia a solution to its landlocked situation is also confirmed by a number of unilateral declarations. And, it is recognized that declarations taking the form of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations (see *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 267, para. 43) where the person making the declaration is capable of committing the State (*Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 27, para. 46).

18. I will focus here on the declaration which I consider the most relevant, since it clearly asserts, or at the very least confirms, Chile's undertaking to negotiate with Bolivia. It is a letter sent by the Chilean President to his Bolivian counterpart. On 18 January 1978, the Chilean President, Augusto Pinochet Ugarte, wrote a letter to his Bolivian counterpart, President Hugo Banzer Suárez, in which he used particularly forceful language (Counter-Memorial of Chile, Vol. 4, Ann. 236). Seeking to reassure the latter following Peru's observations on Chile's proposition, President Pinochet writes to his counterpart: "I reiterate my Government's intention of promoting the ongoing negotiation aimed at satisfying the longings of the brother country to obtain a sovereign outlet to the Pacific Ocean." He reaffirms that what is at stake are "negotiations that we are

(contre-mémoire du Chili, par. 6.25). J'ajoute que le fait que la note bolivienne réagissant à la réception du mémorandum Trucco soit intervenue six mois après la réception dudit mémorandum n'est pas en tant que tel de nature à faire obstacle à la rencontre des volontés entre les Parties. Je considère que le mémorandum Trucco et la note bolivienne qui lui fit suite constituent en tout état de cause une pratique ultérieure pertinente confirmant l'accord de négocier résultant de l'échange de notes de 1950.

15. Je note aussi que, le 8 février 1975, les présidents bolivien et chilien se sont rencontrés et ont convenu d'une déclaration commune (dénommée «la déclaration de Charaña»), dans laquelle il est mentionné que

«[J]es deux chefs d'Etat, dans un esprit constructif et de compréhension mutuelle, *ont décidé* («ont résolu», selon la traduction anglaise produite par le Chili) *de poursuivre le dialogue* à différents niveaux afin de rechercher des mécanismes permettant de résoudre, dans le respect des intérêts mutuels («de leurs intérêts réciproques», selon la traduction anglaise produite par le Chili) et des aspirations des peuples bolivien et chilien, les problèmes vitaux auxquels sont confrontés les deux pays, *notamment l'enclavement de la Bolivie*» (arrêt, par. 62; les italiques sont de moi).

16. Les termes de cette déclaration indiquent que les deux Parties ne considéraient pas, en 1975, que les négociations entre elles avaient été menées assez loin. Ils démontrent la volonté de poursuivre ces négociations en vue de résoudre, notamment, le problème de «l'enclavement de la Bolivie».

17. Cet engagement du Chili de négocier avec la Bolivie une solution à son enclavement se trouve également confirmé, à mon avis, par nombre de déclarations unilatérales. Or, il est établi que les déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques (voir *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 267, par. 43) lorsque leur auteur est une personne capable d'engager l'Etat (*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006, p. 27, par. 46).

18. Je me concentrerai ici sur la déclaration que j'estime être la plus pertinente puisqu'elle affirme clairement — ou tout le moins confirme — l'engagement du Chili de négocier avec la Bolivie. Il s'agit d'une lettre envoyée par le président chilien à son homologue bolivien. Le 18 janvier 1978, le président du Chili, Augusto Pinochet Ugarte, a écrit à son homologue bolivien, le président Hugo Banzer Suárez, une lettre dans laquelle il s'est exprimé en des termes particulièrement forts (contre-mémoire du Chili, vol. 4, annexe 236). Cherchant à rassurer ce dernier suite aux observations du Pérou sur les propositions chiliennes, le président Pinochet écrit à son homologue: «Je répète que mon Gouvernement entend promouvoir les négociations en cours visant à satisfaire à l'aspiration du pays frère à obtenir un débouché souverain sur l'océan Pacifique.» Il réaffirme

committed to”. Referring to earlier negotiations, the President says that “[i]n all of those meetings an agreement to pursue negotiations was reached”. He then underlines his “purpose to boost the negotiations aimed at granting Bolivia a sovereign outlet to the Pacific Ocean through the appointment of Special Representatives”.

19. These words clearly reflect Chile’s intention to fulfil its undertaking to negotiate with Bolivia, and show that negotiations have actually been ongoing. I would also point out that the language used by the Chilean President is both more precise and stronger than that used by the Norwegian Foreign Minister, Mr. Ihlen, in the case concerning the *Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)*, which the PCIJ deemed to be a “promise [that] was unconditional and definitive”, and which led it to conclude that “as a result of the undertaking involved in the Ihlen declaration . . . Norway [wa]s under an obligation to refrain from contesting Danish sovereignty over Greenland as a whole, and *a fortiori* to refrain from occupying a part of Greenland” (*Judgment, 1933, P.C.I.J., Series A/B, No. 53, pp. 69-73*).

20. However, the Chilean President was explicit about the — limited — scope of this undertaking to negotiate. He says that the view of his Government is that “the bases of the Chilean proposal and accepted in general terms by Bolivia, are the only viable and realistic way to satisfy the longing of the brother country”, adding that he “could not, therefore, propose a different alternative[,] [b]ut [was] confident that on these bases it would be possible to achieve an agreement capable of being accepted by Peru” (Counter-Memorial of Chile, Vol. 4, Ann. 236).

21. Chile has continued, until recently, to negotiate with Bolivia in order to resolve the dispute over the latter’s claim to sovereign access to the Pacific. Communications between the two States rarely broke down completely, even when Bolivia suspended diplomatic relations with Chile on 15 April 1962 and 17 March 1978.

22. In conclusion, it is my opinion that the 1950 exchange of Notes constitutes an agreement setting out an obligation for the Parties to negotiate. I also consider that the events which followed, in particular the Trucco Memorandum, the Charaña Declaration, the letter of 18 January 1978 from the Chilean President to the Bolivian President, and Chile’s participation in further rounds of negotiations (in particular, the period of the so-called “fresh approach”, the Chilean-Bolivian mechanism for political consultation introduced in the early 1990s, the 13-Point Agenda of July 2006 and the establishment in 2011 of a binational commission for ministerial-level negotiations) constitute a set of actions from which it may reasonably be inferred that Chile and Bolivia were bound by a consistent obligation to negotiate on granting the latter sovereign access to the Pacific Ocean.

23. Having failed to place the 1950 and 1961-1962 exchanges in their

qu'il s'agit de « négociations que nous nous efforçons de mener à bien ». Et, faisant référence à des négociations antérieures, le président indique que, « lors de chacune de ces réunions, il a été convenu de poursuivre les négociations ». Il souligne ensuite son « objectif de promouvoir les négociations visant à octroyer à la Bolivie un débouché souverain sur l'océan Pacifique en désignant des représentants spéciaux ».

19. Ces termes traduisent clairement une intention, de la part du Chili, de respecter son engagement à négocier avec la Bolivie et rendent compte de la poursuite effective des négociations. J'observe d'ailleurs que le langage utilisé par le président chilien est à la fois plus précis et plus fort que celui qu'avait employé le ministre des affaires étrangères de Norvège, M. Ihlen, en l'affaire relative au *Statut juridique du Groënland oriental (Danemark c. Norvège)*. La Cour permanente de Justice internationale y avait vu une « promesse ... inconditionnée et définitive », ce qui l'avait amenée à conclure que, « à raison de l'engagement impliqué dans la déclaration Ihlen ..., la Norvège se trouv[ait] dans l'obligation de ne pas contester la souveraineté danoise sur l'ensemble du Groënland et, *a fortiori*, de s'abstenir d'occuper une partie du Groënland » (*arrêt, 1933, C.P.J.I. Série A/B n° 53, p. 69-73*).

20. En revanche, le président chilien a été explicite sur la portée — limitée — de cet engagement de négocier. Il indique en effet que son gouvernement « estime que les bases proposées par le Chili et acceptées d'une manière générale par la Bolivie constituent le seul moyen viable et réaliste de satisfaire à l'aspiration du pays frère » et ajoute qu'il « ne pourrai[t] donc proposer une autre solution ». Il explique que, « [c]ependant, [il] ne doute pas que, sur ces bases, il soit possible de parvenir à un accord susceptible d'être accepté par le Pérou » (contre-mémoire du Chili, vol. 4, annexe 236).

21. Le Chili a continué, jusqu'à une période récente, de négocier avec la Bolivie pour régler le différend concernant la prétention de cette dernière à un accès souverain à l'océan Pacifique. Les échanges et négociations entre les deux Etats n'ont que rarement cessé complètement, y compris lorsque la Bolivie a suspendu les relations diplomatiques avec le Chili le 15 avril 1962, puis le 17 mars 1978.

22. En conclusion, je suis donc d'avis que l'échange de notes de 1950 représente un accord consacrant une obligation des Parties de négocier. En outre, j'estime que les événements qui ont suivi, et en particulier le mémorandum Trucco, la déclaration de Charaña, la lettre adressée par le président chilien au président bolivien le 18 janvier 1978, ainsi que la participation du Chili à des cycles de négociation ultérieurs (notamment au cours de la période dite de « la nouvelle approche », ainsi que le mécanisme chiléno-bolivien de consultation politique du début des années 1990, l'ordre du jour en 13 points de juillet 2006 et l'établissement en 2011 d'une commission binationale pour mener des négociations au niveau ministériel), constituent un ensemble d'actions dont on peut raisonnablement déduire la persistance d'une obligation de négocier entre le Chili et la Bolivie au sujet de l'octroi à cette dernière d'un accès souverain à l'océan Pacifique.

23. N'ayant pas suffisamment placé les échanges de 1950 et de 1961-

historical context, and to give sufficient consideration to the existence of a reason underlying Chile's intention to be bound to negotiate, it is regrettable that the Court did not reach the same conclusion.

24. I consider that my analysis on the existence of an obligation to negotiate is all the more reasonable since the scope of such an undertaking is limited, as I stated in the beginning of this opinion. Moreover, the failure of a round of negotiations does not suffice in itself to infer that the obligation to negotiate is extinguished.

25. I would add that I have reached this conclusion without reference to the principles of estoppel, acquiescence and legitimate expectations, since I do not believe that the conditions for their application are satisfied in the present case and agree with the Court's reasoning on the matter.

26. Having found that the Parties had undertaken to negotiate, the next question is about the nature and scope of the undertaking given.

27. In this regard, I would note that Bolivia, first of all, claimed, in its written pleadings, that Chile was under an obligation that had all the features of an obligation of result. This is particularly evident from the Memorial, in which it clearly stated that Chile's obligation to negotiate sovereign access to the sea "is more exacting than a general obligation to negotiate under international law. In particular, Chile is under an affirmative obligation to negotiate in good faith in order to achieve a particular result; namely, a sovereign access to the Pacific Ocean for Bolivia." (Memorial of Bolivia, Vol. 1, p. 97, para. 221.) It later added: "It is a specific obligation under international law to agree upon a specific objective to achieve a particular result" (*ibid.*, p. 98, para. 225).

28. Bolivia also maintained that Chile's obligation to negotiate sovereign access to the sea for Bolivia "is of the same nature" as the obligation laid down in Article VI of the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, citing a passage from the Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, in which the Court states that "[t]he legal import of that obligation goes beyond that of a mere obligation of conduct; the obligation involved here is an obligation to achieve a precise result . . . by adopting a particular course of conduct, namely, the pursuit of negotiations on the matter in good faith" (*I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 264, para. 99). The Applicant also referred to the following paragraph in the same opinion, where the Court talks about a "twofold obligation to pursue and to conclude negotiations", and contended that in the present case, "both Parties have agreed to negotiate over a sovereign access to the sea, and their obligation to negotiate will terminate only when an agreement is concluded materializing in concrete terms the sovereign access to the sea" (Memorial of Bolivia, p. 119, para. 287).

29. Bolivia did, however, somewhat backtrack on this approach as the proceedings continued, and particularly in its oral pleadings. It said in very clear terms in the first round of pleadings that "Bolivia's case is

1962 dans leur contexte historique, et plus particulièrement n'ayant pas pris suffisamment en considération l'existence d'une cause qui a conduit le Chili à se lier à négocier, il est regrettable que la Cour ne soit pas parvenue à ce même résultat.

24. J'estime que ma conclusion sur l'existence d'une obligation de négocier est d'autant plus raisonnable que la portée de l'engagement consenti par une telle obligation est limitée ainsi que j'ai commencé par le souligner en tout début de cette opinion. De plus, l'échec d'un cycle de négociations ne saurait suffire en lui-même à déduire l'extinction de l'obligation de négocier.

25. J'ajoute que j'aboutis à cette conclusion sans me fonder sur les doctrines de l'*estoppel*, de l'acquiescement et des attentes légitimes, dont j'estime que les conditions d'application ne sont pas réunies en l'espèce et je rejoins le raisonnement de la Cour en la matière.

26. Ayant constaté l'engagement des Parties de négocier, il faudrait toujours se pencher sur la question de la nature et de la portée de l'engagement ainsi consenti.

27. A cet égard, je note que la Bolivie a, tout d'abord, maintenu, dans ses écritures, que le Chili était débiteur d'une obligation qui présentait tous les aspects d'une obligation de résultat. C'est ce qui ressort en particulier du mémoire, dans lequel elle a clairement indiqué que l'obligation du Chili de négocier un accès souverain à la mer «est plus exigeante qu'une obligation générale de négocier au regard du droit international, en particulier du fait que c'est une obligation positive, celle de négocier de bonne foi en vue d'atteindre un résultat donné — à savoir un accès souverain à l'océan Pacifique pour la Bolivie» (mémoire de la Bolivie, vol. I, p. 97, par. 221). Et d'ajouter plus loin qu'«[i]l s'agit en effet d'une obligation de droit international précise consistant à convenir d'un objectif spécifique en vue d'aboutir à un résultat donné» (*ibid.*, p. 98, par. 225).

28. La Bolivie a également maintenu que l'obligation qui incombe au Chili de négocier un accès souverain à la mer pour la Bolivie «est de la même nature» que l'obligation consacrée par l'article VI du traité sur la non-prolifération des armes nucléaires, citant le passage de l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, dans lequel la Cour a indiqué que «[l]a portée juridique de l'obligation considérée dépasse celle d'une simple obligation de comportement; l'obligation en cause ici est celle de parvenir à un résultat précis ... par l'adoption d'un comportement déterminé, à savoir la poursuite de bonne foi de négociations en la matière» (*avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 264, par. 99). La demanderesse s'est également référée au paragraphe suivant du même avis, dans laquelle la Cour parle d'une «double obligation de négocier et de conclure», et a maintenu que, en l'espèce, «les deux Parties sont convenues de négocier un accès souverain à la mer, et l'obligation qui en résulte pour elles ne prendra fin que lorsqu'un accord concrétisant cet objectif aura été conclu» (mémoire de la Bolivie, p. 119, par. 287).

29. La Bolivie a toutefois quelque peu fait marche arrière dans la suite de la procédure, et en particulier lors des plaidoiries. Elle s'est d'abord exprimée en des termes plutôt clairs lors du premier tour de plaidoiries:

remarkable in its modesty. All that it asks is for Chile to return to the negotiating table.” (Verbatim record, CR 2018/6, p. 30, para. 30.) It even went a little further in describing the content of the alleged obligation to negotiate, and identified a series of “specific obligations” which that obligation entailed (*ibid.*, pp. 59-60, para. 9)². It even stated that the obligation “does not require [Chile] . . . [to] reach an agreement with [it] at any cost” (*ibid.*, p. 60, para. 14).

30. However, the Applicant, referring to the exchanges and declarations attesting, in its view, to the existence of an obligation to negotiate, has affirmed that “[e]ach stage gave Bolivia renewed hope and confirmed that *the restoration of its status as a maritime State* was indeed something on which both States agreed” (*ibid.*, p. 39, para. 28; emphasis added). It also added that “the binary distinction between a simple obligation of means and an obligation of result seems inadequate to clarify the nature and scope of the obligation to negotiate” (CR 2018/10, p. 59, para. 7).

31. So although Bolivia softened its original position, it nevertheless remained. Deliberately? It would seem so, ambiguous about the scope of the obligation it invokes.

32. That said, it is indisputable that any obligation to negotiate that may be recognized as incumbent on Chile cannot be an obligation of result. This, moreover, is apparent from the Court’s Judgment on the preliminary objection, in which it stated that “[e]ven assuming *arguendo* that the Court were to find the existence of such an obligation [to negotiate], it would not be for the Court to predetermine the outcome of any negotiation that would take place in consequence of that obligation” (*Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 2015 (II)*, p. 605, para. 33).

(Signed) Nawaf SALAM.

² “Bolivia submits that the duty to negotiate under international law entails, at a minimum, the following specific obligations:

- (a) First, the duty to receive communications and proposals put forward by another State concerning the adjustment of any matters of serious concern to that State.
- (b) Second, the duty to consider any such communications or proposals, taking into account the interests of the other State.
- (c) Third, the duty to participate, in a considered and reasoned manner, in official meetings to discuss such communications and proposals, if invited to do so.
- (d) Fourth, the duty to look for ways of overcoming any problems that stand in the way of resolution of the matter.
All this in good faith and in a timely manner.”

«[L]e caractère modeste de la demande bolivienne est remarquable. Tout ce que la Bolivie réclame, c'est que le Chili revienne à la table des négociations.» (Voir le CR 2018/6, p. 30, par. 30.) Elle est même allée un peu plus loin dans la description du contenu de l'obligation alléguée de négocier et a identifié une série d'«obligations particulières» que cette obligation impliquerait (*ibid.*, p. 59-60, par. 9)². Elle a même précisé qu'une telle obligation «n'exige[rait] pas [du Chili] ... qu'il parvienne à tout prix à un accord avec [elle]» (*ibid.*, p. 61, par. 14).

30. Faisant référence aux échanges et déclarations attestant de l'existence d'une obligation de négocier, la demanderesse a néanmoins soutenu que «[c]haque étape [a] redonn[é] espérance à la Bolivie et lui [a] confirm[é] que «la restauration de son statut d'Etat maritime [était] bien l'objet d'un accord entre les deux Etats» (*ibid.*, p. 39, par. 28; les italiques sont de moi). Elle a également ajouté que «la distinction binaire entre simple obligation de moyen ou obligation de résultat apparaît comme insuffisante à clarifier la nature et la portée de l'obligation de négocier» (voir CR 2018/10, p. 59, par. 7).

31. La Bolivie, si elle a atténué sa position de départ, est donc malgré tout restée — volontairement? On peut le penser — ambiguë sur la portée de l'obligation qu'elle invoque.

32. Cela étant dit, il est incontestable que toute obligation de négocier qui pourrait être reconnue à la charge du Chili ne saurait être une obligation de résultat. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'arrêt rendu par la Cour sur les exceptions préliminaires, dans lequel elle a indiqué que, «[m]ême à supposer, *arguendo*, que la Cour conclue à l'existence de pareille obligation [de négocier], il ne lui appartiendrait pas de prédéterminer le résultat de toute négociation qui se tiendrait en conséquence de cette obligation» (*Obligation de négocier un accès à l'océan Pacifique (Bolivie c. Chili), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 2015 (II)*, p. 605, par. 33).

(Signé) Nawaf SALAM.

² «La Bolivie considère que l'obligation de négocier en droit international emporte au minimum les obligations particulières suivantes:

- a) premièrement, celle d'accueillir les communications et les propositions qui sont faites par un autre Etat aux fins de régler tout problème revêtant une grande importance pour cet Etat;
- b) deuxièmement, celle d'examiner toute communication ou proposition qui serait ainsi faite, en tenant compte des intérêts de l'autre Etat;
- c) troisièmement, celle de participer de manière responsable et réfléchie aux réunions convoquées pour examiner ces communications ou propositions, si une demande lui est faite dans ce sens;
- d) quatrièmement, celle de rechercher les moyens de surmonter tout obstacle empêchant de régler le problème.

Tout cela devant être fait de bonne foi et en temps utile.»