

**LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE
FACE AUX ENJEUX
DE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT :**
*Réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010,
Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay
(Argentine c. Uruguay)*

par

Yann KERBRAT

*professeur à l'Université Paul Cézanne (Aix-Marseille-III)**

et

Sandrine MALJEAN-DUBOIS

*directrice de recherche au CNRS**

Une décision d'espèce pour une affaire de principe. Ainsi pourrait être résumé en quelques mots l'arrêt rendu le 20 avril 2010 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*¹.

Le différend qui a opposé l'Argentine à l'Uruguay devant la CIJ trouve son origine dans la construction de deux usines de fabrication de pâte à papier sur la rive gauche du fleuve Uruguay, à proximité de la ville uruguayenne de Fray Bentos et en face de la région argentine de Gualeguaychú. Les travaux de la première, dite usine CMB (ENCE)², ont commencé le 28 novembre 2005, mais n'ont jamais été achevés ;

* CERIC, UMR 6201 (CNRS-Université Paul Cézanne Aix-Marseille III).

¹ Non encore publié au *Recueil* mais disponible sur le site [<http://www.icj-cij.org>]. Sur cet arrêt, v. les commentaires de M. DUBUY dans cette *Revue*, 2010, pp. 631-651, de Ph. SANDS, « Water and international law: science and evidence in international litigation », *Environmental Law and Management*, vol. 22, 2010, pp. 151-161, spéc. pp. 156-161, et de V. RICHARD et E. TRUILHÉ-MARENGO, « La coopération sur un fleuve partagé, l'anticipation des risques environnementaux et la CIJ : un pas en avant, deux pas en arrière ? », *Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel*, juillet 2010, n° 28, pp. 17-21.

² CMB pour *Celulosas de M'Bopicuá S.A.*, et ENCE du nom de la société espagnole *Empresa Nacional de Celulosas de España*.

les promoteurs espagnols du projet ont annoncé l'abandon définitif du projet en septembre 2006. La seconde, dite usine ORION ou Botnia, du nom de l'entreprise finlandaise chargée de sa réalisation et de son exploitation, a en revanche été effectivement bâtie quelques kilomètres en aval de l'emplacement prévu pour l'usine CMB (ENCE). Fruit d'un projet lancé en 2003, elle est en fonctionnement depuis le 9 novembre 2007. « [I]nvestissement étranger le plus important de l'histoire de l'Uruguay », comme l'a décrit la Cour internationale de Justice en 2006³, elle représente un enjeu très important pour ce pays dans une région économiquement sinistrée. De l'autre côté du fleuve, elle a en revanche suscité dès l'origine une opposition véhémente, tant des autorités argentines que de sa population, lesquelles redoutent une pollution dommageable dans une région où les principales activités sont le tourisme, la pêche et l'agriculture. Depuis décembre 2005, les ponts entre les deux pays sont épisodiquement bloqués par des assemblées de citoyens argentins en colère.

Dans ce contexte de vive tension, plusieurs procédures judiciaires et extra-judiciaires, nationales, régionales et internationales, ont été engagées, y compris au titre de la responsabilité sociale et environnementale des entreprises⁴. Les deux États se sont entendus en 2005 pour créer un groupe technique bilatéral de haut niveau (le GTAN) en vue de rechercher une solution négociée. Une médiation fut également proposée par le Roi d'Espagne. Aucune de ces voies n'ayant permis de trouver une solution au différend, l'Argentine a finalement saisi la Cour internationale de Justice le 4 mai 2006 sur la base d'une clause compromissoire insérée dans un traité bilatéral en vigueur entre les deux États : le statut du fleuve Uruguay du 26 février 1975⁵. Cet instrument a pour objet et but de favoriser « l'utilisation rationnelle et optimale du fleuve » (article 1^{er}). Il régit les utilisations du fleuve et met à la charge des parties contractantes des obligations de consultation, d'information et de coopération, ainsi que de prévention des dommages environnementaux.

La Cour s'est prononcée par deux fois dans les mois qui ont suivi sa saisine. Le 13 juillet, tout d'abord, elle a rejeté une demande de mesures conservatoires formulée par le demandeur au moment du dépôt de sa requête principale et qui tendait à ce qu'elle ordonne la suspension des travaux de

³ Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (*Argentine c. Uruguay*), mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, *CIJ Recueil 2006*, §. 48.

⁴ M.-P. LANFRANCHI, « L'affaire des usines de pâte à papier, un état des lieux », *L'Observateur des Nations Unies*, 2010, vol. 24, p. 38.

⁵ *Recueil des traités des Nations Unies*, vol. 1295, n°1-21425, p. 348. La compétence de la Cour est fondée sur l'article 60 : « Tout 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 ».

l'usine ORION (Botnia)⁶. Le 23 janvier 2007, ensuite, elle a refusé de faire droit à une autre demande de mesures conservatoires, mais présentée cette fois par l'Uruguay qui entendait obtenir en urgence la levée de barrages organisés sur les ponts et routes reliant les deux pays par des opposants argentins au projet d'usines⁷. Quelques mois plus tôt, ces mesures de blocage avaient déjà été contestées par l'Uruguay devant un tribunal arbitral du Mercosur. Ce dernier n'avait pas accepté d'ordonner la levée du blocus organisé en Argentine mais avait néanmoins constaté la méconnaissance par l'Argentine de ses obligations de *due diligence* dans une sentence en date du 6 septembre 2006⁸.

Sur le fond, l'Argentine prétendait devant la CIJ que l'Uruguay avait violé le Statut de 1975 en autorisant unilatéralement la construction des deux usines et en permettant la mise en service de l'usine Orion (Botnia). L'édification et l'exploitation de ces installations auraient causé, selon elle, une atteinte significative à l'environnement du fleuve Uruguay et de sa zone d'influence. La Direction nationale de l'environnement uruguayenne (la DINAMA) les avait elle-même décrits « *comme des projets dont la mise en œuvre risque de produire un impact négatif important sur l'environnement* », soulignant que « *le processus prévu par les projets CMB et Orion (...) est intrinsèquement polluant* » et que « *90% de la production halieutique dans le tronçon argentino-uruguayen du fleuve (plus de 4500 tonnes annuellement) se trouve dans la zone d'influence de la construction des usines, laquelle est aussi une zone de reproduction des populations halieutiques migratoires du fleuve* », sans compter la proximité des usines avec des agglomérations⁹. L'Argentine demandait à la Cour qu'elle constate l'existence de ce fait internationalement illicite, qu'elle prescrive le rétablissement « *sur le terrain et au plan juridique* » de la situation *ante*, et accorde une indemnité pour les dommages occasionnés. Ces demandes étaient contestées par l'Uruguay qui demandait, au contraire, que la CIJ constate la licéité de la construction et autorise, partant, la poursuite de l'exploitation de l'usine Botnia conformément aux dispositions du statut de 1975.

Prononcé le 20 avril 2010, l'arrêt sur le fond était très attendu par chacune des Parties, dont les relations avaient été grandement dégradées par le différend. Mais les attentes se sont exprimées bien au-delà du cercle des parties, tant l'espèce est emblématique des problèmes du développement durable et des difficultés à concilier développement économique (industriel,

⁶ Ordonnance précitée du 13 juillet 2006.

⁷ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), mesures conservatoires*, ordonnance du 23 janvier 2007, *CIJ Recueil 2007*, p. 3.

⁸ V. M.-P. LANFRANCHI, *op. cit.*

⁹ Ordonnance du 13 juillet 2006, précitée, §. 8.

agricole, touristique...), d'une part, et protection d'une ressource naturelle partagée (un fleuve frontière), d'autre part. Dès le stade de l'indication des mesures conservatoires, la Cour s'est déclarée consciente de ces enjeux et de leur importance, considérant qu'il devait « être tenu compte de la nécessité de garantir la protection continue de l'environnement du fleuve ainsi que le droit au développement économique des États riverains »¹⁰. Dans son arrêt de 2010, elle ne parvient toutefois qu'à établir un équilibre instable entre ces préoccupations. D'un côté, elle considère que l'Uruguay a manqué aux obligations procédurales qui lui incombent en vertu des articles 7 à 12 du Statut de 1975. De l'autre, elle rejette toutes les allégations de violation des obligations substantielles de prévention et s'en tient, pour toute réparation, à la constatation du manquement en tant que satisfaction appropriée. Ce résultat peu satisfaisant est, pour partie, la conséquence d'une interprétation restrictive des obligations de prévention des dommages environnementaux à la charge des États (I). Il est, pour une autre part, le reflet des difficultés éprouvées par la Cour pour trancher un différend sur la base d'éléments de preuve hautement techniques (II).

I. L'INTERPRÉTATION RESTRICTIVE DES OBLIGATIONS DE PRÉVENTION DES DOMMAGES ENVIRONNEMENTAUX

Fondant son raisonnement sur une distinction stricte entre obligations procédurales et obligations de fond (A), la Cour est amenée à préciser dans son arrêt la portée de l'obligation de prévention des dommages dans un contexte transfrontière (B).

A. Une distinction étanche entre obligations procédurales et obligations de fond

L'arrêt du 20 avril 2010 repose sur une *summa divisio*, dégagée pour les besoins de la cause, entre obligations procédurales et obligations de fond des États parties au Statut du fleuve Uruguay. Simple en apparence, cette distinction ne résiste pas à l'analyse : d'abord parce que la frontière entre les deux catégories d'obligation est mal définie, ensuite parce que les résultats auxquels elle conduit sont difficilement acceptables.

Pour la Cour, le processus d'autorisation, construction, mise en service de l'usine doit être analysé sous l'angle des obligations procédurales d'information, notification et coopération énoncées aux articles 7 à 12 du Statut de 1975. Après la mise en service, il s'agit en revanche de déterminer

¹⁰ Ordonnance du 13 juillet 2006, précitée, p. 133, §. 80.

si l'Uruguay s'est acquitté de ses obligations de fond (« *substantive obligations* » en anglais) relatives à la prévention des dommages¹¹.

Cette distinction miroite quelque peu. La ventilation des différentes obligations vers l'une ou l'autre catégorie sur une base chronologique s'avère en effet artificielle, car les obligations procédurales et de fond ne sont pas appelées à être réalisées successivement. Certaines obligations qualifiées de fond par la Cour devaient au contraire être exécutées *avant* la mise en service de l'usine, comme par exemple l'obligation de réaliser une évaluation de l'impact environnemental. Cette dernière constitue une étape obligée de la procédure et est d'ailleurs très généralement qualifiée d'obligation procédurale. Il n'est donc guère étonnant que la Cour ait du mal à la « ranger » dans l'une ou l'autre des catégories et la traite donc sous les deux angles. De même, l'obligation de coordonner par le biais de la CARU les mesures propres à éviter une modification de l'équilibre écologique (article 36) est envisagée comme une obligation substantielle parce qu'applicable après la mise en service de l'usine, alors qu'elle est tout autant, voire davantage, une obligation de procédure.

En réalité, obligations procédurales et obligations de fond sont interdépendantes et inextricablement mêlées : le respect des obligations de prévention des dommages à l'environnement, envisagées par la Cour comme étant de fond, est indissociable de celui des exigences de la procédure. Dans la mesure où seul le respect des obligations procédurales permet même de prévenir les dommages à l'environnement, les obligations procédurales sont aussi essentielles sinon davantage que les obligations de fond. Pour prendre un exemple, l'article 41, selon lequel « *les Parties s'obligent (...) à protéger et à préserver le milieu aquatique et, en particulier, à en empêcher la pollution en établissant des normes et en adoptant les mesures appropriées* » n'est-il pas clairement lié aux obligations procédurales¹² ? Ces dernières constituent même le cœur de l'obligation de prévention. Ainsi que le font remarquer les juges Al-Khasawneh et Simma dans leur opinion dissidente, là où les obligations substantielles se caractérisent par leur « *elasticity and generality* », les obligations procédurales sont au contraire strictes et spécifiques¹³. La Cour reconnaît d'ailleurs elle-même la grande importance des obligations procédurales s'agissant de la gestion des ressources naturelles partagées¹⁴. Elle établit en outre un lien entre les obligations procédurales des articles 7 à 12 et l'article 27, analysé comme une disposition de fond, relatif au droit de chaque Partie d'utiliser les eaux du fleuve, à l'intérieur de sa juridiction, à des fins

¹¹ Arrêt, §. 46.

¹² V. à cet égard l'opinion individuelle du juge GREENWOOD, §. 5.

¹³ Op. diss. des juges AL-KHASAWNEH et SIMMA, § 26.

¹⁴ V. par exemple arrêt, §. 81. V. *infra*.

ménagères, sanitaires, industrielles et agricoles. Mais, bien qu'elle admette leur interconnexion, elle n'en tire aucune conséquence après qu'elle a constaté une méconnaissance des premières¹⁵. Pourtant, en ne respectant pas ses obligations procédurales, l'Uruguay n'a-t-il pas également violé certaines obligations de fond ? Et, *a contrario*, le respect de ses obligations procédurales n'aurait-il pas pu le conduire à revoir sa décision de construire l'usine, ou à reconsidérer son lieu d'implantation ou la technologie employée ?

Mal définie, non opératoire, cette distinction emporte surtout des conséquences qui, comme l'ont souligné les juges Al-Khasawneh et Simma dans leur opinion dissidente, sont difficilement acceptables¹⁶. De l'avis de la Cour, et contrairement à ce que soutenait l'Argentine qui avait pourtant elle-même fondé son argumentation sur cette distinction, le manquement aux obligations de procédure est indépendant du respect des obligations de fond¹⁷. La Cour admet qu'il existe entre les deux catégories d'obligations un « *lien fonctionnel* » tenant à leur objectif commun : la prévention de dommages à l'environnement¹⁸. Mais elle considère que ce lien « *n'empêche pas que les États parties soient appelés à répondre séparément des unes et des autres, selon leur contenu propre, et à assumer, s'il y a lieu, la responsabilité qui découlerait, selon le cas, de leur violation* »¹⁹. Il s'ensuit, très concrètement, que le non-respect des obligations de procédure est considéré comme constitutif d'un fait illicite instantané, dont les effets seulement peuvent être considérés comme continus. La Cour ne peut dès lors prescrire la cessation du fait illicite continu constitué par le maintien en fonctionnement de l'usine Botnia. Et la Cour de conclure en effet que « *la constatation du comportement illicite de l'Uruguay en ce qui concerne ses obligations de nature procédurale constitue en elle-même une mesure de satisfaction pour l'Argentine. Les manquements de l'Uruguay aux obligations de nature procédurale ayant eu lieu par le passé et ayant pris fin, il n'y a pas lieu d'en ordonner la cessation* »²⁰. Considérant que certaines des obligations qualifiées de fond par la Cour – comme l'obligation d'adopter les mesures nécessaires pour que la gestion du sol et des forêts, l'utilisation des eaux souterraines et celle des affluents du fleuve n'entraînent pas de modification causant un préjudice sensible au régime de ce dernier ou à la qualité de ses eaux (article 35 du statut) – sont bien des obligations continues, si la Cour avait conclu à leur violation, elle aurait dû ordonner la cessation du fait illicite *i.e.* la suspension

¹⁵ V. sur ce point l'opinion dissidente du Juge VÍÑUESA, §. 6.

¹⁶ Op. diss. des juges AL-KHASAWNEH et SIMMA, § 26.

¹⁷ Arrêt, §. 68.

¹⁸ Arrêt, §. 79.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Arrêt, §. 269.

de son activité dans l'attente de nouvelles données ou de l'établissement de nouvelles technologies moins destructrices de l'environnement.

L'étanchéité artificielle que la Cour maintient entre les obligations procédurales et de fond guide également le choix du mode de réparation. Elle la conduit à refuser toute réparation matérielle à l'Argentine. Ainsi, puisque « les obligations de nature procédurale du statut de 1975 n'emportaient pas, après l'expiration de la période de négociation, l'interdiction pour l'Uruguay de construire l'usine » et que « le fonctionnement de l'usine Orion (Botnia) n'a pas entraîné une violation des obligations de fond prévues par le statut », « ordonner le démantèlement de cette installation ne saurait constituer, de l'avis de la Cour, une forme de réparation appropriée à la violation des obligations de nature procédurale »²¹. Ayant rejeté la *restitutio in integrum*, la Cour refuse « pour les mêmes raisons » d'accueillir la demande de l'Argentine relative à l'indemnisation de certains préjudices dans des secteurs économiques comme le tourisme et l'agriculture²².

Si la Cour avait conclu à la violation des obligations de fond, elle aurait certainement envisagé plus sérieusement l'hypothèse de la *restitutio in integrum*. L'interprétation biaisée que la Cour fait du statut de 1975 en cloisonnant strictement obligations procédurales et de fond est donc extrêmement lourde de conséquences. La Cour donne finalement l'impression d'avoir décidé à l'avance du résultat auquel elle souhaitait aboutir – ne pas remettre en cause, pour des raisons économiques, l'énorme investissement qu'a représenté la construction de l'usine en Uruguay – pour arrêter seulement ensuite le raisonnement qui y conduit. Cette conclusion lui évite aussi d'être placée dans une situation délicate. Elle n'avait en effet pas jugé utile le 13 juillet 2006, d'ordonner à titre conservatoire la suspension des travaux de construction de l'usine²³. Rappelant sa jurisprudence *Passage par le Grand-Belt*, elle avait seulement averti l'Uruguay qu'elle n'excluait pas d'avoir à décider *in fine*, dans son arrêt au fond, le démantèlement de l'installation²⁴.

B. La portée de l'obligation de prévention des dommages dans un contexte transfrontière

La Cour retient une interprétation étroite de son rôle, qui la conduit à considérer que l'Uruguay n'avait pas interdiction de construire les usines dans l'attente de l'arrêt au fond (1). Elle affirme ou réaffirme ensuite un certain nombre de principes fondamentaux relatifs à la coopération et la prévention des dommages dans un contexte transfrontière (2). Enfin, si elle

²¹ Arrêt, §. 275.

²² Arrêt, §. 276.

²³ Ordonnance précitée.

²⁴ *Ibid.*, § 70.

admet que l'Uruguay a manqué à ses obligations procédurales (3), elle considère qu'il n'a pas pour autant violé ses obligations de fond (4).

1. La portée de l'article 12 du statut : d'un droit de regard à un droit de veto ?

Les articles 7 à 12 du statut définissent une procédure extrêmement précise et détaillée dans ses différentes étapes. Ainsi, si l'une des Parties veut construire un ouvrage d'ampleur, elle en informe la CARU et en notifie l'autre Partie, laquelle peut faire des objections et suggérer des modifications à apporter au projet ou au programme d'opérations. Si les Parties n'aboutissent pas à un accord dans un délai déterminé, l'article 12 prévoit que la Cour peut être saisie sur la base de la clause compromissoire de l'article 60. L'objectif de cette procédure est de fournir un support à la collaboration entre les Parties, chacune ayant finalement un « droit de regard » sur les ouvrages que peut construire l'autre partie sur le fleuve.

Ce droit de regard, conféré par l'article 12, peut-il être considéré comme un droit de veto ? Rien ne permet de conclure en ce sens. En revanche, cette disposition permet à l'une ou l'autre des parties de se tourner vers le juge pour lui demander de trancher un éventuel différend à ce sujet. Comme l'affirment les juges Al-Khasawneh et Simma, cette possibilité aurait pu avoir pour effet de changer radicalement le rôle de la Cour²⁵. Celle-ci aurait, en effet, pu être considérée comme partie prenante à la procédure, de sorte que l'Uruguay aurait été empêché d'autoriser la construction de l'usine tant qu'elle n'aurait pas rendu sa décision. Cette interprétation de l'article 12 aurait été conforme à l'esprit de la procédure instituée par les articles 7 à 12, lesquels, pour reprendre une formule d'Alain Pellet, obéissent au « *bilatéralisme ordonné voulu par les Parties dans le statut* » contraire « *à l'unilatéralisme anarchique que défend aujourd'hui l'Uruguay* »²⁶. Elle aurait, surtout, permis de donner un effet utile à l'article 12, qui envisage la saisine de la Cour pour d'autres motifs que ceux de la clause compromissoire de l'article 60.

S'il est exact que « [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 »²⁷, on a du mal à saisir par quelle logique la Cour en déduit que « [a]insi, 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

²⁵ Op. diss. des juges AL-KHASAWNEH et SIMMA, §. 25.

²⁶ Plaidoiries d'Alain PELLET, CR 2009/20, 28 septembre 2009, p. 13.

²⁷ Arrêt, §. 155.

expiré »²⁸. On le comprend d'autant moins que la Cour admet par ailleurs que « [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 »²⁹, et affirme encore 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 »³⁰ ! Pourtant, toujours selon la Cour, que la visible contradiction entre ces deux affirmations ne semble pas heurter, « le statut ne prévoit pas qu'en cas de désaccord persistant entre les parties sur l'activité projetée au terme de la période de négociation, il reviendrait à la Cour, saisie par l'Etat concerné, comme le prétend l'Argentine, d'autoriser ou non l'activité en question. La Cour souligne 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 »³¹. La position de la Cour a été critiquée avec raison, outre par les juges Al-Khasawneh et Simma, par le juge Skotnikov, selon lequel « a 'no construction obligation' does follow from the provisions of the Statute and from its object and purpose »³², et par le juge Vinuesa.

A la décharge de la Cour, l'Argentine n'a peut-être pas adopté la meilleure stratégie pour convaincre du bien-fondé de cette thèse. Elle s'est, en effet, constamment défendue d'avoir saisi la Cour sur la base de l'article 12, considérant qu'il constituait une base trop étroite pour pouvoir alléguer de la violation des obligations de fond et en demander réparation³³. A la lecture de l'arrêt, et puisque la Cour a refusé de consacrer toute violation des obligations de fond, on peut légitimement se demander si l'Argentine n'aurait pas dû fonder, au moins en partie, sa requête sur l'article 12 du statut, et tenter alors de convaincre la Cour que l'Uruguay avait, dans ce cadre, une obligation de

²⁸ *Ibid.*, nous soulignons.

²⁹ Arrêt, §. 154.

³⁰ Arrêt, §. 144.

³¹ Arrêt, §. 154.

³² Déclaration du juge SKOTNIKOV, selon qui « *The provisions of Articles 7 to 12 of the 1975 Statute are clearly intended to prevent unilateral action which is not in conformity with the substantive provisions of the Statute, and thus to avoid causing injury to the rights of each Party while protecting their shared watercourse. Hence the obligations to inform, to notify and to negotiate. It is therefore only logical that, if there is still no agreement after negotiations have run their course, the Party initiating the project has the option of either abandoning it altogether or requesting the Court, in accordance with Article 12 of the 1975 Statute, to resolve the dispute. Under this scheme of things, no injury is inflicted on either Party's rights and the shared watercourse remains protected* » (§. 3).

³³ V. les plaidoiries d'A. PELLET, doc. CIJ CR 2009/20, pp. 26-27.

non-construction de l'usine dans l'attente de son arrêt. Si la Cour l'avait admis, *in fine*, les conséquences de l'arrêt auraient été toutes différentes.

2. *Coopération, prévention : obligations coutumières, obligations conventionnelles*

Saisie sur la base de la clause compromissoire du statut de 1975, dont les dispositions sont relativement détaillées, la Cour prend peu appui sur le droit coutumier. L'observateur n'en tirera, partant, que peu de leçons allant au-delà du cas d'espèce, au grand regret notamment du Juge Cançado Trindade³⁴. Malgré tout, à plusieurs reprises, la Cour réaffirme ou affirme le caractère coutumier de certaines obligations, venant finalement préciser le contenu et la portée de ces obligations dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure. La référence au droit coutumier est justifiée par la règle d'interprétation des traités codifiée à l'article 31, §.3 c), de la convention de Vienne, selon laquelle les traités doivent être interprétés « à la lumière des principes qui règlent le droit des cours d'eau internationaux et des principes du droit international assurant la protection de l'environnement »³⁵. Mais il manifeste aussi, dans une certaine mesure, le désir de la Cour de contribuer au développement du droit international de l'environnement. L'arrêt, de ce point de vue, permet quelques avancées encourageantes dans la perspective du règlement des trois contentieux « verts » inscrits actuellement à son rôle qu'il s'agisse des épandages aériens d'herbicides (Equateur c. Colombie), de la chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon) ou de la récente instance introduite par la République du Costa Rica contre la République du Nicaragua³⁶.

a L'importance des obligations procédurales pour la gestion des ressources naturelles partagées

La Cour commence par souligner l'importance des obligations procédurales et de la coopération pour la gestion des ressources naturelles partagées. Elle relève « que les obligations d'informer, de notifier et de négocier constituent un moyen approprié, accepté par les Parties, de parvenir à l'objectif qu'elles se sont fixé à l'article premier du statut de 1975. Ces obligations s'avèrent d'autant plus indispensables lorsqu'il s'agit, comme dans le cas du fleuve Uruguay, d'une ressource partagée qui ne peut être protégée que par le biais d'une coopération étroite et continue entre les riverains »³⁷. L'obligation est déduite du traité ; elle est conventionnelle. Mais la formule très générale de la Cour laisse envisager une extension au-

³⁴ V. son opinion individuelle.

³⁵ Arrêt, §. 55. V. aussi le §. 64.

³⁶ V. le communiqué de presse de la Cour n° 2010/38 du 19 novembre 2010.

³⁷ Arrêt, §. 81.

delà, un caractère coutumier. Il est vrai que vont dans le même sens les – peu contestés – articles 8 et 9 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation du 21 mai 1997. La Commission du droit international a précisé, en outre, dans son commentaire sous l'article 8 que « [l]a coopération entre les États d'un cours d'eau international au sujet de leur utilisation du cours d'eau est fondamentale si ces États veulent parvenir à une répartition équitable des utilisations et des avantages du cours d'eau et la maintenir et assurer par ailleurs une bonne application des règles de procédure contenues dans la troisième partie du projet d'articles »³⁸. La Cour constate, en ce sens, que la Commission Administrative de la Rivière Uruguay (CARU), mise en place par le statut de 1975, est une pièce maîtresse du dispositif³⁹. Puis, dans le prolongement de son ordonnance en indication de mesures conservatoires de 2006⁴⁰, elle insiste sur le rôle essentiel que jouent les commissions fluviales dans le processus d'échange d'informations et plus largement de coopération. Elle considère la CARU comme une véritable organisation internationale : « loin d'être une simple courroie de transmission entre les parties, la CARU a une existence propre et permanente »⁴¹. Cette vision « institutionnaliste » a pour effet de pérenniser le cadre de négociation puisque dès lors aucune des parties ne peut en « sortir unilatéralement et au moment qu'elle juge opportun (...) »⁴².

b. La consécration du caractère coutumier de l'obligation de prévention des dommages environnementaux transfrontières

Pour déterminer les obligations de l'Uruguay, la Cour se réfère également au principe coutumier de prévention des dommages à l'environnement. Son arrêt du 20 avril 2010 vient en préciser la portée, tant procédurale que substantielle. Sous l'angle procédural, la Cour « observe que le principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise ('due diligence') de l'État sur son territoire. Il s'agit de l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États' (Déroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22). En effet, l'État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout espace relevant de sa juridiction, ne causent un préjudice sensible à l'environnement d'un autre

³⁸ V. dans le même sens la résolution AG 3129 (XXVIII) sur la coopération dans le domaine de l'environnement en matière de ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États (§. 2).

³⁹ Arrêt, §. 93.

⁴⁰ *Op. cit.* p. 133-134, §. 81.

⁴¹ Arrêt, §. 87.

⁴² Arrêt, §. 90. V. la critique présentée par le juge Torres Bernardez dans son opinion individuelle, §. 11.

*État. La Cour a établi que cette obligation 'fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement' »*⁴³. La Cour se réfère à la formule employée dans son avis de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*⁴⁴ et reprise dans son arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* de 1997⁴⁵, formule inspirée du 21^{ème} principe de la Déclaration de Stockholm⁴⁶, mais elle la modifie quelque peu. La portée de l'obligation avait, en 1996 et 1997, été – sans doute volontairement – laissée dans le flou par le choix d'une formule ambiguë (« *fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement* »). Elle est désormais clairement consacrée comme coutumière. Sur le fond, l'obligation est également plus précise. Alors que dans les décisions précédentes la Cour faisait référence à « *[l']obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale* », elle énonce désormais que « *l'État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout espace relevant de sa juridiction, ne causent un préjudice sensible à l'environnement d'un autre État* ». Il ne s'agit plus d'une veille distante mais bien, dans le prolongement du principe dont cette obligation dérive, de faire « *diligence* » et « *mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition* ». En revanche, là où les États devaient respecter l'environnement des autres États en 1997, en 2010 ils ne doivent pas causer de « *préjudice sensible* » à l'environnement. D'une part, l'obligation positive (respecter l'environnement) devient une obligation de s'abstenir (ne pas causer de dommage). D'autre part, la Cour fait apparaître un seuil, là où il n'y en avait pas jusqu'alors. Les États peuvent donc causer une atteinte ou un préjudice pour peu qu'ils ne soient pas « *sensibles* » ; l'obligation conventionnelle (l'article 7 du statut se réfère au préjudice « *sensible* ») et l'obligation coutumière sont ici entremêlées. Cette notion de « *préjudice sensible* » reste toutefois à préciser. Il est difficile de dire si la Cour a voulu parler réellement d'un seuil de gravité (on peut penser au dommage « *sérieux* » de la sentence *Fonderie de Trail*⁴⁷) ou bien d'un dommage « *significatif* » au sens de mesurable, lequel est un peu plus que le dommage « *détectable* » selon la Commission du droit international⁴⁸. Quoi qu'il en soit, en se référant à la

⁴³ Arrêt, §. 101.

⁴⁴ Recueil 1996 (I), p. 242, §. 29.

⁴⁵ *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, CIJ Recueil 1997, p. 38.

⁴⁶ V. aussi le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement.

⁴⁷ Sentence arbitrale, 11 mars 1941, *Fonderie du Trail* (États-Unis c. Canada), R.S.A., tome III, pp. 1907 et ss.

⁴⁸ Ann. CDI, 2001, vol. II (1ère partie), pp. 163-164 : « *Il doit être entendu que 'significatif' est plus que 'détectable', mais sans nécessairement atteindre le niveau de 'grave' ou 'substantiel'. Le*

jurisprudence *Détroit de Corfou* et à la notion de *due diligence*, la Cour cherche vraisemblablement à mieux cerner les implications de ce principe dans le champ procédural. Elle n'est pas ici dans l'économie jurisprudentielle car elle aurait vraisemblablement pu arriver à une conclusion identique sans établir de lien entre l'obligation d'informer la CARU et l'obligation coutumière de prévention. De ce point de vue, il est cependant dommage qu'elle n'établisse ce lien qu'à propos de l'obligation d'informer la CARU et pas de l'ensemble des obligations procédurales des articles 7 à 12. Toutes auraient mérité d'être reliées au principe de prévention des dommages. Simple maladresse ou volonté de ne pas se contraindre à lire l'article 12 au regard de ce principe ?

La Cour revient sur le principe de prévention dans la suite de l'arrêt, au moment où elle analyse le respect par l'Uruguay de ses obligations de fond. Elle affirme alors que « *pour parvenir à une utilisation rationnelle et optimale, un équilibre doit être trouvé entre, d'une part, les droits et les besoins des Parties concernant l'utilisation du fleuve à des fins économiques et commerciales et, d'autre part, l'obligation de protéger celui-ci de tout dommage à l'environnement susceptible d'être causé par de telles activités* », ceci ressortant du statut⁴⁹, et évoque « *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* »⁵⁰. Elle indique par là qu'il convient de parvenir à un double équilibre : d'une part entre les droits et besoins des Parties, et d'autre part entre les différentes utilisations du fleuve et la protection de l'environnement. Elle souligne d'ailleurs à la toute fin de l'arrêt que « *les Parties ont établi une réelle communauté d'intérêts et de droits dans la gestion du fleuve Uruguay et dans la protection de son environnement* »⁵¹.

De cette obligation de prévention, la Cour déduit de surcroît des obligations positives à la charge des Parties. Ainsi, concernant l'obligation de coordonner les mesures propres à éviter une modification de l'équilibre écologique (article

dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel sur des choses telles que la santé de l'homme, l'industrie, les biens, l'environnement ou l'agriculture dans d'autres États. Ces effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs ». V. Y. KERBRAT, « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement », in *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Société française pour le droit international, Colloque d'Aix-en-Provence, Pedone, Paris, 2010, p. 125. Il est à noter qu'on retrouve cette expression à l'article 7, § 1, de la Convention de 1997 selon lequel « [L]es États du cours d'eau font preuve de toute la diligence voulue pour utiliser le cours d'eau international de manière à ne pas causer de dommages significatifs aux autres États du cours d'eau ».

⁴⁹ Arrêt, §. 75. V. aussi le §. 174.

⁵⁰ Arrêt, §. 177.

⁵¹ Arrêt, §. 281.

36), la Cour a là encore des formules intéressantes, fruit d'une interprétation exigeante. Selon elle, « *l'article 36 du statut de 1975 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. Il oblige donc les deux Etats à prendre des mesures concrètes pour éviter toute modification de l'équilibre écologique. Ces mesures ne se limitent pas à l'adoption d'un cadre réglementaire (...); les deux Parties sont également tenues de respecter et de mettre en œuvre les mesures ainsi adoptées* »⁵².

En lien avec cette obligation d'« *empêcher toute pollution transfrontière susceptible de modifier l'équilibre écologique du fleuve* », la Cour rappelle, comme dans son arrêt *Gabcikovo-Nagymaros*, 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* »⁵³. Elle s'attache ensuite à donner plein effet au concept scientifique d'« *équilibre écologique* », précisant que « *[c]ette vigilance et cette prévention sont particulièrement importantes lorsqu'il s'agit de préserver l'équilibre écologique puisque les effets négatifs des activités humaines sur les eaux du fleuve risquent de toucher d'autres composantes de l'écosystème du cours d'eau, telles que sa flore, sa faune et son lit* »⁵⁴. Pour elle, « *[i]l est dès lors d'une importance cruciale que les Parties respectent cette obligation* »⁵⁵.

De même, au sujet de l'obligation d'empêcher la pollution et de préserver le milieu aquatique (article 41), la Cour interprète le statut comme mettant à la charge des Parties une obligation « *positive* », obligation là encore de moyen, relativement lourde : « *l'obligation de 'préserver le milieu aquatique et, en particulier, [d']en empêcher la pollution en établissant des normes et en adoptant les mesures appropriée' impose d'exercer la diligence requise (« due diligence ») vis-à-vis de toutes les activités qui se déroulent sous la juridiction et le contrôle de chacune des parties. Cette obligation implique la nécessité non seulement d'adopter les normes et mesures appropriées, mais encore d'exercer un certain degré de vigilance dans leur mise en œuvre ainsi que dans le contrôle administratif des opérateurs publics et privés, par exemple en assurant la surveillance des activités entreprises par ces opérateurs, et ce, afin de préserver les droits de l'autre partie* »⁵⁶. La Cour

⁵² Arrêt, §. 185.

⁵³ Arrêt, §. 185. Arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* précité, p. 78, §. 140.

⁵⁴ Arrêt, §. 188.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Arrêt, §. 196.

en déduit que l'Uruguay était tenu « *d'examiner avec soin la technologie à laquelle l'installation industrielle a recours, en particulier dans un secteur tel que celui de la fabrication de pâte à papier, où sont souvent employées ou produites des substances ayant un impact sur l'environnement* » et ce d'autant plus que « *le cadre réglementaire qu'il incombe aux Parties d'adopter doit être en harmonie avec les directives et les recommandations des organismes techniques internationaux* »⁵⁷.

c. La consécration du caractère coutumier de l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact environnemental

Enfin, et c'est l'un des apports majeurs de l'arrêt, la Cour consacre très clairement comme coutumière l'« *obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée* ». Une telle obligation ne figurait pas dans le statut, vraisemblablement parce qu'il est un peu ancien et que l'outil s'est développé au cours des années 70. Confortée en cela par l'accord des parties sur l'existence d'une obligation de réaliser une étude d'impact en application du statut pris « *dans sa globalité* », la Cour va ici interpréter le statut de manière évolutive en se référant à nouveau au droit international général. Bien que le statut soit muet, « *la Cour considère que, pour s'acquitter comme il se doit des obligations qu'elles tiennent de l'article 41 a) et b) du statut de 1975, les Parties sont tenues, aux fins de protéger et de préserver le milieu aquatique lorsqu'elles envisagent des activités pouvant éventuellement causer un dommage transfrontière, de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement* »⁵⁸. Elle se défend de faire trop avant œuvre prétorienne ; pour elle l'intention des Parties avait été de donner un « *contenu évolutif et non pas intangible* » à certaines dispositions du traité « *pour tenir compte notamment de l'évolution du droit international* ». La Cour se réfère ici à son arrêt de 2009 en l'affaire du *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*⁵⁹.

La CIJ déduit très justement cette obligation de réaliser une évaluation d'impact d'une « *pratique acceptée si largement par les États ces dernières années* », mais également de l'« *obligation de diligence, et du devoir de vigilance et de prévention que cette obligation implique* » sans préciser toutefois s'il s'agit de l'obligation coutumière ou conventionnelle (article 41). C'est en tout cas ce dernier lien qui lui fait dire que « *dès lors que, prévoyant*

⁵⁷ Arrêt, §. 223.

⁵⁸ Arrêt, §. 204.

⁵⁹ *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes (Costa Rica c. Nicaragua)*, arrêt du 13 juillet 2009, par. 64.

de réaliser un ouvrage suffisamment important pour affecter le régime du fleuve ou la qualité de ses eaux, elle n'aurait pas procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement permettant d'apprécier les effets éventuels de son projet » une partie ne se serait pas acquittée de son obligation de diligence. En outre, l'évaluation de l'impact environnemental ne joue pas simplement un rôle avant l'autorisation d'un projet. La Cour ajoute en effet qu'une fois les opérations commencées, une surveillance continue des effets dudit projet sur l'environnement sera mise en place, qui se poursuivra au besoin pendant toute la durée de vie du projet⁶⁰.

3. La violation par l'Uruguay de ses obligations procédurales

S'agissant de la violation des obligations procédurales, la Cour se montre sévère vis-à-vis de l'Uruguay, en concluant à la méconnaissance par celui-ci de l'ensemble du mécanisme de coopération prévu par les articles 7 à 12 du statut de 1975⁶¹.

L'Uruguay a, selon elle, violé ses obligations dès la première étape de la procédure, celle de la notification à la CARU de ses activités (article 7§1). En effet, « l'État qui projette les activités visées à l'article 7 du statut est tenu d'en informer la CARU dès qu'il est en possession d'un projet suffisamment élaboré pour permettre à la commission de déterminer sommairement » si cette activité risque de causer un préjudice sensible à l'autre partie⁶². L'information la plus complète – qui n'est pas forcément une information complète – doit alors être transmise à la CARU. « En tout état de cause, l'obligation d'informer la CARU intervient à un stade où l'autorité compétente a été saisie du projet en vue de la délivrance de l'autorisation environnementale préalable, et avant la délivrance de ladite autorisation »⁶³. Cette précision fait écho aux règles de la Convention de 1997 sur les cours d'eaux et d'autres conventions internationales, qui prévoit que la communication de l'information doit être réalisée « en temps utile » ou « opportun »⁶⁴. La CDI avait précisé que « [l']expression 'en temps utile' vise à poser le principe d'une notification adressée suffisamment tôt, au stade de la préparation du projet, pour qu'il puisse être procédé à des consultations et à des négociations valables »⁶⁵. Or, en l'espèce, les autorisations environnementales, puis les permis de construire, ont été

⁶⁰ Arrêt, §. 205.

⁶¹ Arrêt, §. 149.

⁶² Arrêt, §. 105.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Par exemple, Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation de 1997, article 12.

⁶⁵ Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater, 1994, p. 111 et s.

délivrés par l'Uruguay sans que la CARU ait été préalablement informée. La CIJ précise, en outre, que, contrairement à ce que soutenait l'Uruguay, « les informations sur les projets d'usines parvenues à la CARU de la part des entreprises concernées ou d'autres sources non gouvernementales ne peuvent tenir lieu de l'obligation d'informer, prévue au premier alinéa de l'article 7 du statut de 1975, qui est à la charge de la partie qui projette de construire les ouvrages visés par cette disposition »⁶⁶. Cette interprétation cherche à donner tout son effet utile à l'article 7.

La Cour conclut également à la violation par l'Uruguay de la seconde obligation procédurale d'information, celle de notifier le projet à l'autre partie par l'intermédiaire de la CARU au cas où cette dernière décide que l'activité projetée est susceptible de causer un préjudice sensible à l'autre partie⁶⁷. Pour les juges, « [l']obligation de notifier est (...) essentielle dans le processus qui doit mener les parties à se concerter pour évaluer les risques du projet et négocier les modifications éventuelles susceptibles de les éliminer ou d'en limiter au minimum les effets »⁶⁸. Or, elle relève que les notifications à l'Argentine des évaluations de l'impact sur l'environnement relatives aux usines n'ont pas eu lieu par l'intermédiaire de la CARU, et que l'Uruguay ne les a transmises qu'après avoir délivré les autorisations environnementales préalables et les permis de construire⁶⁹. La condamnation est claire ; elle était sans doute inévitable. Mais la Cour en profite pour préciser que « les évaluations de l'impact sur l'environnement, sont nécessaires pour se prononcer sur tout projet susceptible de causer des préjudices sensibles transfrontières à un autre État », et ajoute que « [c]ette notification est destinée à permettre à la partie qui en est le destinataire de participer au processus visant à s'assurer que l'évaluation est complète, pour qu'elle puisse ensuite apprécier, en toute connaissance de cause, le projet et ses effets » (article 8 du statut de 1975). En exigeant que l'évaluation d'impact soit transmise avec la notification, l'interprétation que la CIJ fait du statut de 1975 la conduit même plus loin que la Convention d'Espoo de 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière qui n'indique pas l'étude d'impact parmi les documents qui doivent être obligatoirement communiqués⁷⁰.

La Cour considère enfin que l'accord conclu par les parties en mai 2005 créant le Groupe technique de haut niveau (GTAN), avec pour mission

⁶⁶ Arrêt, §. 110.

⁶⁷ C'est également le cas si aucune décision n'est prise. Selon l'article 7, « [s'il en est ainsi décidé ou si une décision n'intervient pas à cet égard, la Partie intéressée notifie le projet à l'autre Partie par l'intermédiaire de la Commission ».

⁶⁸ Arrêt, §. 116.

⁶⁹ Arrêt, §. 121.

⁷⁰ V. son article 3 (« Notification »).

d'étudier, analyser et échanger les informations sur les effets sur le fleuve du fonctionnement des usines de pâte à papier, n'a pas permis à l'Uruguay de déroger à ses obligations d'informer et de notifier, conformément à l'article 7 du statut de 1975. En autorisant la construction des usines ainsi que du terminal portuaire de Fray Bentos avant la fin de la période de négociation, l'Uruguay n'a pas respecté l'obligation de négociateur prévue à l'article 12 du statut. Car, selon la Cour, « [l]e mécanisme de coopération prévu par les articles 7 à 12 du statut de 1975 n'aurait pas de sens (...) si la partie d'origine de l'activité projetée autorisait celle-ci ou la mettait en œuvre sans attendre que ce mécanisme soit mené à son terme. En effet, si tel était le cas, les négociations entre les parties n'auraient plus d'objet »⁷¹. De son côté, l'Argentine ne pouvait, en effet, renoncer aux droits qu'elle tient du statut que « de manière claire et non équivoque »⁷².

Finalement, la Cour a d'autant plus de facilité à condamner l'Uruguay pour non-respect de ses obligations procédurales que cela n'emporte guère de conséquences sur la réparation. Il en aurait été différemment si elle avait constaté, en outre, la violation d'obligations de fond.

4. L'absence de violation par l'Uruguay de ses obligations de fond

Utilisation équitable et raisonnable d'une ressource naturelle partagée, équilibre entre les droits et besoins des Parties, nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement, « communauté d'intérêts »⁷³, obligations positives des États, obligation coutumière d'évaluer l'impact environnemental d'un projet... la Cour fait de nombreux pas en avant. Mais, par-delà ces affirmations de principe, elle conclut que l'Uruguay n'a pas manqué à ses obligations de fond. Entendant strictement sa compétence, elle rejette les unes après les autres les allégations de l'Argentine.

a. Une vision étroite de sa compétence

Par-delà ses généreuses déclarations, force est de constater que, sur le plan méthodologique, l'interprétation de la Cour aboutit à restreindre le champ de l'article 41 qui fait obligation aux parties de protéger l'environnement du fleuve « conformément aux accords internationaux applicables et, le cas échéant, en harmonie avec les directives et les recommandations des organismes techniques internationaux ».

Elle refuse d'abord, comme le demandait l'Argentine, de voir dans l'article 41 une « clause de renvoi » au droit international ayant pour effet

d'« incorporer dans cet instrument les obligations que les Parties tiennent du droit international général et d'un certain nombre de conventions multilatérales relatives à la protection de l'environnement ». Cet argument aurait permis stratégiquement à l'Argentine d'étendre la compétence de la Cour sur la base de l'article 60 du statut à certaines conventions internationales de protection de l'environnement, plus récentes que le statut et plus modernes à certains égards⁷⁴. Pour la Cour, « [l]'article 41 (...) n'incorpore pas dans le statut de 1975 les accords internationaux en tant que tels »⁷⁵. Malgré tout, elle considère que l'article 41 « impose aux parties l'obligation d'exercer leurs pouvoirs de réglementation, en conformité avec les accords internationaux applicables, aux fins de la protection et de la préservation du milieu aquatique du fleuve Uruguay »⁷⁶.

La Cour retient ensuite une vision étroite de sa compétence, excluant du champ du différend la pollution sonore et optant pour une définition restreinte de la pollution atmosphérique⁷⁷, alors même que différents éléments du traité auraient pu lui permettre d'aller plus loin⁷⁸. Certes, l'article 40 retient une acception stricte de la pollution : « l'introduction directe ou indirecte par l'homme de substances ou énergie nocives dans le milieu aquatique ». Mais une interprétation évolutive n'aurait-elle pas permis d'inclure la pollution sonore, dont il est bien établi aujourd'hui qu'elle affecte la biodiversité et ne peut donc qu'avoir un impact sur le « milieu aquatique » du fleuve ? Et également permis d'inclure la pollution atmosphérique ? Un accord créant un régime aussi « complet et novateur »⁷⁹ pouvait-il réellement en 2010 exclure ces évolutions ?

Cette conception étroite conduit la Cour à ne pas prendre en compte les « mauvaises odeurs » en elles-mêmes – en particulier les incommodantes odeurs d'œuf pourri qui émanent de l'usine⁸⁰. Elle accepte seulement de les examiner dans le cadre de la pollution atmosphérique, et encore seulement si celle-ci a un impact sur « le milieu aquatique du fleuve ». Son incidence sur les populations voisines est jugée non pertinente. Excluant en outre de traiter de la pollution visuelle, la Cour ne prend pas non plus en considération la dimension humaine, alors même que le statut témoigne d'une approche globale, qui tient compte de toutes les activités (navigation, pêche...) et de

⁷⁴ Arrêt, §. 53.

⁷⁵ Arrêt, §. 62.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Arrêt, §. 264.

⁷⁸ V. les art. 13 et 36 qui prévoient une protection de la « zone d'influence » du fleuve, ainsi que l'article 35 du statut qui se réfère à « la gestion du sol et des forêts, l'utilisation des eaux souterraines et celle des affluents du fleuve ».

⁷⁹ Ordonnance de 2006 précitée, §. 81, p. 24.

⁸⁰ V. les plaidoiries de Ph. SANDS, 14 septembre 2009, CR 2009/12, p. 44.

⁷¹ Arrêt, §. 147.
⁷² La Cour cite ici sa jurisprudence *Certaines terres à phosphates à Nauru* (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 247, §. 13.

⁷³ Arrêt, §. 281.

toutes les utilisations du fleuve y compris ménagères, industrielles, agricoles, sanitaires⁸¹. La pollution visuelle, la pollution sonore et les mauvaises odeurs sont celles qui ont touché immédiatement les populations avoisinantes, plus rapidement et plus directement que la mort ou la mutation génétique de tel ou tel protozoaire, lesquelles sont par définition plus difficilement perceptibles et nécessitent, pour être établies, de lourdes expertises. Avec un impact déterminant sur cette zone jusqu'alors très touristique, elles constituent un élément fort du contexte de l'affaire.

b. Le rejet des allégations de l'Argentine

Sur le fond, le rejet des allégations de l'Argentine est motivé, tantôt par une interprétation restrictive des obligations substantielles, tantôt par l'absence de preuve suffisante.

L'interprétation restrictive, tout d'abord, concerne plusieurs obligations. La Cour considère, ainsi, que l'article 1^{er} du statut qui prévoit que chaque État contribue à l'utilisation rationnelle et optimale du fleuve, «*éclaire l'interprétation des obligations de fond mais ne confère pas, en lui-même, de droits ou d'obligations spécifiques aux parties* »⁸². Il ne peut donc être violé. Quant à l'article 27, qui énonce que «*[l]e droit de chaque partie d'utiliser les eaux du fleuve, à l'intérieur de sa juridiction, [...] 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 n'en examine nulle part l'éventuelle violation, pourtant alléguée par l'Argentine. Elle se contente d'indiquer très généralement qu'elle appréciera le comportement de l'Uruguay à sa lumière⁸³. Autre exemple, s'agissant des effets sur la diversité biologique, la Cour admet, comme le défendait l'Argentine, que les normes et mesures que les parties doivent adopter en application de l'article 41 doivent «*refléter leurs engagements internationaux en matière de protection de la biodiversité et des habitats* ». Mais elle ne recherche pas l'impact de l'usine sur la protection des habitats en eux-mêmes, alors même qu'il s'agit d'un élément majeur de toute politique moderne de conservation de la biodiversité.

Cette démarche restrictive concerne également l'évaluation d'impact environnemental, la Cour ne fait qu'une partie du chemin en consacrant comme coutumière l'obligation d'y procéder. Les parties s'accordaient en effet sur la nécessité de réaliser une étude d'impact mais s'opposaient sur la forme et le contenu que devait prendre celle-ci. Deux points étaient, en particulier, en litige. D'une part, l'évaluation aurait-elle, sur le plan méthodologique,

nécessairement dû envisager d'autres sites possibles, compte tenu de la capacité de réception du fleuve dans la zone où l'usine devait être construite ? D'autre part, les populations susceptibles d'être affectées, en l'occurrence les populations riveraines uruguayennes comme argentines, auraient-elles dû être consultées, et l'ont-elles été, dans le cadre d'une évaluation de l'impact sur l'environnement ? Or, c'est ici que la Cour déçoit car, pour elle, ni le statut de 1975 ni le droit international général ne précisent «*la portée et le contenu des évaluations de l'impact sur l'environnement* ». Dès lors, «*il revient à chaque État de déterminer, dans le cadre de sa législation nationale ou du processus d'autorisation du projet, la teneur exacte de l'évaluation de l'impact sur l'environnement requise dans chaque cas en prenant en compte la nature et l'ampleur du projet en cause et son impact négatif probable sur l'environnement, ainsi que la nécessité d'exercer, lorsqu'il procède à une telle évaluation, toute la diligence requise* »⁸⁴. La seule exigence que pose la Cour est que l'évaluation ait lieu avant la mise en œuvre du projet, exigence plus que minimale dans la mesure où elle tient au principe même de l'étude d'impact. La Cour n'aurait-elle pas pu pousser le raisonnement un peu plus loin et considérer que, en droit international général, d'une part il y avait, dans le cadre spécifique d'un dommage transfrontalier, obligation de consulter les populations affectées, et d'autre part confirmer que d'autres sites possibles devaient en l'espèce être envisagés ?

Pour l'Argentine, le site de l'usine Orion n'était pas le plus propice, eu égard à différentes caractéristiques (nature des eaux, courants, proximité de l'agglomération la plus importante du fleuve)⁸⁵. L'évaluation de l'impact était insuffisante car elle ne prévoyait pas d'autres sites possibles, ainsi que l'exigerait le droit international. En effet, aussi sûr qu'une pratique est «*largement acceptée* » s'agissant de l'obligation de réaliser une étude d'impact, la pratique est bien établie à cet égard qu'il s'agisse des législations nationales ou du droit international : il convient d'«*examiner les incidences environnementales négatives et positives que peut avoir le projet, à les comparer aux effets d'autres options réalisables (y compris, le cas échéant, du scénario «sans projet»), et à recommander toutes mesures éventuellement nécessaires pour prévenir, minimiser, atténuer ou compenser les incidences négatives du projet et améliorer sa performance environnementale* » pour reprendre les termes de la politique opérationnelle de la SFI de 1998⁸⁶. En 1987, les *Goals and Principles of Environmental Impact Assessment* du PNUE prévoient qu'une EIE doit contenir «*[a] description of practical alternatives, as appropriate* » (article 4 c).

⁸¹ V. notamment les art. 27 et 36.

⁸² Arrêt, §. 173.

⁸³ Arrêt, §. 175.

⁸⁴ Arrêt, §. 205.

⁸⁵ Arrêt, §. 207. V. aussi les plaidoiries du 14 septembre, CR 2009/12.

⁸⁶ Directives opérationnelles de la SFI, OP4.01, oct. 1998.

La Convention d'Espoo énonce, dans le même sens, que le dossier d'étude d'impact doit contenir la « [d]escription, s'il y a lieu, des solutions de remplacement (par exemple en ce qui concerne le lieu d'implantation ou la technologie) qui peuvent être raisonnablement envisagées sans omettre l'option "zéro" »⁸⁷. Certes, ces instruments ne liaient pas les deux Parties en l'espèce, mais ne témoignent-ils pas d'une pratique bien établie (à n'en pas douter, par son ampleur et sa situation le projet rendrait cette description « appropriée ») ? Toujours est-il que la Cour, sans préciser s'il s'agissait ou non d'une obligation, n'a pas été « convaincue par l'argument de l'Argentine selon lequel une évaluation des différents sites possibles n'a pas eu lieu avant le choix de l'emplacement définitif »⁸⁸.

Après avoir examiné si l'Uruguay a manqué d'exercer la diligence requise dans le cadre de son évaluation de l'impact sur l'environnement, en particulier en ce qui concerne le choix de l'emplacement de l'usine, la Cour se demande si le site retenu, celui de Fray Bentos, était oui ou non impropre à la construction d'une installation produisant des rejets industriels de cette nature et de cette ampleur ou pouvait avoir un impact préjudiciable sur le fleuve. Elle s'abrite cette fois derrière la CARU : si celle-ci n'a pas défini de normes spécifiques pour cette portion du fleuve, c'est sans doute qu'elle ne présentait pas une vulnérabilité particulière⁸⁹. CQFD... Cette pirouette lui permet de ne pas avoir à « examiner en détail la validité scientifique et technique des différents types de modélisation, de calibrage et de validation mis en œuvre par les Parties pour déterminer le débit du fleuve et le sens de son courant dans la zone concernée »⁹⁰.

Quant à la consultation des populations concernées, la Cour déduit du fait qu'il y a eu plus de quatre-vingts entretiens avec la population des deux côtés du fleuve, qu'une véritable consultation des populations concernées a eu lieu, mais elle ne s'interroge nullement sur le moment de ces consultations, ni sur les conditions dans lesquelles se sont déroulées ces consultations, ni sur le contenu de l'information qui a été diffusée⁹¹. Les deux parties étaient convenues que la consultation devait faire partie de l'étude d'impact environnemental mais, pour l'Argentine, le droit international imposait aux États des obligations spécifiques à cet égard. Elle faisait valoir à cette fin différents instruments internationaux et nationaux qui reflétaient, selon elle, une pratique largement acceptée. La Cour se contente d'affirmer qu'« aucune

⁸⁷ Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, appendice II.

⁸⁸ Arrêt, §. 210.

⁸⁹ Arrêt, §. 213-214.

⁹⁰ Arrêt, §. 213.

⁹¹ V. RICHARD et E. TRUILHÉ-MARENGO, *op. cit.*, p. 17. « Compte tenu de ce qui précède, la Cour constate qu'une consultation par l'Uruguay des populations concernées a bien eu lieu » (arrêt, §. 219).

obligation juridique de consulter les populations concernées ne découle pour les Parties des instruments invoqués par l'Argentine »⁹². Certes, ceux-ci n'étaient pas directement pertinents. Mais n'aurait-elle pas pu aller plus loin et considérer que de la « pratique acceptée si largement par les États ces dernières années », à partir de laquelle elle a qualifié de coutumière l'obligation de réaliser une étude d'impact, ressortaient également des exigences minimales au rang desquelles celle de la consultation du public, particulièrement fondamentale dans un contexte transfrontière ? La Cour est sur ce point très laconique. La consultation des populations concernées est pourtant presque systématiquement requise désormais dans les études d'impact, comme gage de leur qualité.

Les autres violations alléguées par l'Argentine sont rejetées, ensuite, pour défaut de preuve. Ainsi, s'agissant de l'obligation de veiller à ce que la gestion du sol et des forêts ne cause pas un préjudice au régime du fleuve ou à la qualité de ses eaux (article 35), la Cour déclare qu'elle n'est pas convaincue de la violation, reprochant à l'Argentine d'avoir été trop rapide dans sa démonstration⁹³. Il en est de même de la prétendue méconnaissance de l'obligation de coordonner les mesures propres à éviter une modification de l'équilibre écologique (article 36), pour laquelle la Cour a une conclusion très abrupte : « [I]a Cour conclut des développements qui précèdent 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 »⁹⁴. Cette affirmation n'est pas étayée ; le raisonnement est peu lisible. La CIJ considère qu'il n'est pas non plus établi que l'Uruguay a violé l'article 41, posant l'obligation d'empêcher la pollution et de préserver le milieu aquatique. L'Argentine considérait que les procédés de blanchiment de la pâte à papier utilisés dans l'usine Botnia étaient en deçà des meilleures techniques disponibles. Pour l'Uruguay, l'usine était au contraire l'une des plus performantes au monde et se conformait notamment aux normes fixées par l'Union européenne dans ce domaine⁹⁵. Pour la Cour, « l'Argentine n'a pas présenté d'éléments de preuve établissant clairement que l'usine Orion (Botnia) ne respecte pas les prescriptions du statut de 1975, du digeste de la CARU, ou des règlements applicables des Parties en ce qui concerne la concentration d'effluents par litre d'eaux usées déversés par l'usine et la quantité absolue d'effluents pouvant être rejetée en une journée »⁹⁶. Suit l'analyse de l'impact des rejets sur la qualité des eaux du fleuve, s'agissant des différents effluents. La Cour procède alors à un

⁹² Arrêt, §. 216.

⁹³ Arrêt, §. 180.

⁹⁴ Arrêt, §. 189.

⁹⁵ Arrêt, §. 220.

⁹⁶ Arrêt, §. 225.

examen substance par substance des moyens de preuve produits par les Parties, pour conclure que les allégations de l'Argentine n'ont pas été prouvées – soit que les éléments de preuve sont insuffisants, soit que la causalité n'est pas établie.

La Cour considère qu'en définitive « *les différents éléments de preuve versés au dossier ne permettent pas d'établir de manière concluante que l'Uruguay n'a pas agi avec la diligence requise ou que les rejets d'effluents de l'usine Orion (Botnia) ont eu des effets délétères ou ont porté atteinte aux ressources biologiques, à la qualité des eaux ou à l'équilibre écologique du fleuve depuis le démarrage des activités de l'usine en novembre 2007* »⁹⁷. La CIJ s'est-elle toutefois donné tous les moyens d'évaluer les données scientifiques centrales dans ce différend, en particulier l'impact environnemental des rejets d'effluents ? La manière dont elle confronte les preuves produites par les parties montre qu'elle n'a pas souhaité prendre en compte les spécificités du contentieux environnemental à cet égard.

II. LE REFUS DE PRENDRE EN COMPTE LES SPÉCIFICITÉS PROCESSUELLES DU CONTENTIEUX ENVIRONNEMENTAL

Afin d'apprécier si l'Uruguay avait, comme le prétendait l'Argentine, violé les obligations de fond du statut de 1975, la Cour a dû trancher plusieurs questions relatives à la preuve. Les solutions qu'elle a retenues sont d'un grand classicisme, voire d'une excessive prudence, tant pour la détermination de la charge et du contenu de la preuve (A) que pour celle de ses modalités (B).

A. La charge et le contenu de la preuve

Les deux parties étaient d'accord pour considérer que la Cour devait interpréter le statut selon une approche de précaution. Mais elles différaient sur les conséquences que les juges devaient en tirer. L'Argentine demandait à la Cour qu'elle constate le renversement de la charge de la preuve et, partant, le devoir pour l'Uruguay de démontrer que l'usine Orion ne causerait pas de dommages significatifs à l'environnement⁹⁸. Elle affirmait, de surcroît, qu'apprécié à la lumière du principe de précaution, le statut « *impos[ait] aux deux Parties une obligation égale de convaincre – l'une de l'innocuité du projet, l'autre, de sa nocivité* »⁹⁹. Ces deux prétentions étaient

⁹⁷ Arrêt, §. 265.

⁹⁸ V. le §. 160 de l'arrêt.

⁹⁹ *Ibid.*

contestées par l'Uruguay, qui affirmait, de son côté, que la CIJ devait s'en tenir aux règles habituelles d'administration de la preuve.

La Cour, que l'accord des parties dispensait de devoir s'interroger sur le caractère coutumier ou non du principe de précaution, reconnaît qu'une approche de précaution « *peut se révéler pertinente* » pour interpréter et appliquer le traité de 1975¹⁰⁰. Mais elle n'en admet concrètement aucune conséquence. S'appuyant sur le principe *onus probandi incumbit actori*, selon lequel « *c'est à la partie qui avance certains faits d'en démontrer l'existence* »¹⁰¹, elle relève d'abord qu'une approche de précaution n'a « *pas pour effet d'opérer un renversement de la charge de la preuve* »¹⁰². Elle considère, ensuite, « *que 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* »¹⁰³. La Cour procède dans les deux cas par affirmation. Chacune de ces conclusions aurait pourtant mérité davantage d'explications.

1. Précaution et charge de la preuve

Il est fréquemment affirmé dans la doctrine que le principe de précaution impose un renversement de la charge de la preuve au détriment de la partie à l'origine du risque¹⁰⁴. Cette idée a également été défendue à plusieurs reprises par des juges internationaux dans leurs opinions individuelles ou dissidentes. Le juge Laing, déclarait, par exemple, dans son opinion sous l'ordonnance rendue le 27 août 1999 par le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire du *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, que « *[l]'essentiel de la notion [de précaution] consiste à laisser une grande latitude à ceux qui sont chargés de l'élaboration des politiques, à essayer de donner des directives aux responsables des administrations et aux décideurs et à imposer la charge de la preuve à l'Etat qui exerce un contrôle sur le territoire sur lequel le dommage aurait été causé ou à l'auteur de l'acte* »¹⁰⁵. Le juge Wolfrum la reprenait sans l'ombre d'une hésitation dans son opinion individuelle sur l'ordonnance du TIDM du 3 décembre 2001 relative à l'affaire de l'Usine Mox : « *[i]l n'y a pas d'accord général quant aux conséquences de l'application de ce principe, si ce n'est que la charge de la preuve concernant l'impact possible d'une activité donnée est renversée. Il appartient à l'Etat qui désire entreprendre*

¹⁰⁰ Arrêt, §. 164.

¹⁰¹ Arrêt, §. 162.

¹⁰² Arrêt, §. 164 de l'arrêt.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ V. les références indiquées par J. CAZALA dans *Le principe de précaution en droit international*, Paris et Louvain, LGDJ et Anthémis, 2006, p. 413, ainsi que par M. M. MBENGUE, *Essai sur une théorie du risque en droit international public. L'anticipation du risque environnemental et sanitaire*, Paris, Pedone, 2009, spéc. pp. 242-248.

¹⁰⁵ Arrêt, §. 14. L'opinion est disponible sur le site du TIDM : <http://www.itlos.org/>

coopérer en produisant tout élément de preuve en sa possession, susceptible d'aider la Cour à régler le différend dont elle est saisie »¹¹⁷. Mais elle n'en tire aucune conséquence concrète, ni ne précise le contenu ou le poids de la preuve qui devait être supporté par l'Argentine. Or, c'est précisément à cet égard que l'approche de précaution aurait pu se révéler utile¹¹⁸.

Quiconque allègue une violation du principe de précaution, doit rapporter la preuve de deux éléments : il doit d'abord démontrer l'existence d'une incertitude scientifique sur le risque de préjudice grave, puis établir que les mesures propres à pallier ce préjudice n'ont pas été prises. La première peut être raisonnablement considérée comme établie dès lors que chaque partie fait état de résultats scientifiques contradictoires. C'est ce qu'a admis l'Organe d'appel de l'OMC dans l'affaire des Hormones : « [p]arfois, l'existence même d'opinion dissidentes exposées par des scientifiques compétents qui ont mené des recherches sur la question à l'examen peut être révélatrice d'une certaine incertitude dans la communauté scientifique »¹¹⁹. Quant au contenu de la preuve de l'absence de mesures adéquates, il résulte du contenu même des obligations prétendument violées.

Le principe de précaution n'est pas (seulement) un principe d'abstention. Combiné avec l'objectif du développement durable, il fait principalement obligation à chaque Etat d'évaluer et surveiller les risques que les activités font courir pour la santé et l'environnement. C'est bien ainsi que l'énonce la Charte française de l'environnement : « lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage »¹²⁰. Dès lors, et c'est précisément là que le principe de précaution devrait avoir un impact sur la preuve, pour établir la violation de cette obligation positive, il ne devrait pas être exigé du demandeur qu'il prouve l'existence d'un risque de réalisation grave et irréversible, mais seulement qu'il rapporte la preuve que l'Etat n'a pas mis en place les procédures que l'on pourrait raisonnablement exiger de lui et qui auraient permis d'évaluer correctement ce risque.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Le juge WEERAMANTRY le soulignait dans son opinion dissidente sur l'ordonnance de la CIJ du 22 septembre 1995 dans l'affaire de la *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 2 décembre 1974 (Rec. CIJ, 1995, p. 342)*.

¹¹⁹ *Mesures communautaires concernant les viandes et produits carnés (hormones)*, rapport du 16 janvier 1998, WT/DS26/AB/R. V. aussi CAZALA, *op. cit.*, pp. 420-421.

¹²⁰ Article 5.

L'existence d'une étude d'impact est, à cet égard, déterminante¹²¹. En l'espèce, la Cour reconnaît, comme il a été dit plus haut, l'importance de ces études d'impact, et même l'obligation coutumière pour tout État de les réaliser¹²². Mais elle ne les envisage qu'en relation avec le principe de prévention et l'obligation de *due diligence*¹²³, et non comme étant également une exigence de précaution. Elle est, de ce point de vue, en retrait par rapport à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme¹²⁴. Au-delà, elle ne s'interroge pas non plus, ainsi qu'il a déjà été montré, sur la qualité des études qui ont été réalisées ni sur celle des procédures qui ont permis de les réaliser. Elle ne tire aucune conséquence du fait que les évaluations réalisées par l'Uruguay ont été notifiées à l'Argentine postérieurement à la délivrance des autorisations de construction. Cette carence n'est analysée que comme une simple violation d'une obligation procédurale du statut de 1975¹²⁵. Or, elle est aussi un gage du sérieux de l'étude : la notification est en effet, comme elle le reconnaît d'ailleurs elle-même, « destinée à permettre à la partie qui en est le destinataire de participer au processus visant à s'assurer que l'évaluation est complète »¹²⁶. C'est d'ailleurs la principale raison d'être de la Convention d'Espoo du 25 février 1991 et des obligations d'information-consultation qu'elle établit pour l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière¹²⁷. En outre, la Cour se contente, comme il a été relevé, d'une appréciation très superficielle des conditions dans lesquelles se sont déroulées les consultations publiques. Or, au-delà du fait que la pratique des États pourrait témoigner de l'existence d'une coutume *in statu nascendi*¹²⁸, la consultation du public n'est pas seulement un droit reconnu aux peuples ou aux individus¹²⁹. Elle est aussi, comme le souligne le Principe 10 de la Déclaration de Rio, « la meilleure façon de traiter les questions d'environnement » ou, ainsi que l'indique le préambule de la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998, le moyen pour les pouvoirs publics « de prendre de meilleures décisions et de les appliquer plus efficacement ». Ces raisons expliquent que la participation du public soit consacrée dans un nombre croissant de traités : la Convention d'Espoo de 1991, la Convention de Maputo de 2003 pour la conservation de la nature et

¹²¹ V. P. BIRNIE et al., *op. cit.*, p. 158.

¹²² V. la première partie.

¹²³ §§. 204 et 205 de l'arrêt.

¹²⁴ V. *Tătar c. Roumanie*, précité, §. 107 et s.

¹²⁵ §. 119.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Le texte de la Convention est disponible sur le site de l'UNECE : [http://www.unece.org/env/eia/eia_f.htm].

¹²⁸ V. *supra*, première partie.

¹²⁹ V. à cet égard, CEDH, *Hatton et a. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, n° 36022/97, § 128, *Giacomelli c. Italie*, 2 novembre 2006, § 83, ou *Tătar*, précité, §. 88.

des ressources naturelles en Afrique¹³⁰, etc. On peut évidemment soutenir que, en dehors du cercle des États parties à ces conventions, l'absence de consultation du public ne constituait pas en soi une violation du droit international. Mais du point de vue de la preuve, la démonstration par l'Argentine de la qualité insuffisante de l'étude d'impact aurait pu être considérée comme suffisante *prima facie* pour attester le non-respect par l'Uruguay de ses obligations, et faire peser en conséquence sur ce dernier la charge de démontrer le contraire.

B. Les modalités de la preuve : le rôle des experts

Le différend relatif aux usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay a mis en lumière de manière remarquable les difficultés que soulève la présence d'experts dans le contentieux international. La participation de scientifiques spécialistes des questions environnementales (biologistes, zoologistes, hydrologues, chercheurs en médecine, etc.) est indispensable à l'établissement de la vérité, lorsque qu'une juridiction est conduite à apprécier l'existence et/ou l'étendue d'un dommage écologique, ou à évaluer, comme ici, le risque de sa survenue. Mais elle complexifie dans le même temps le travail des juges qui, comme le souligne la Cour dans son arrêt sur l'affaire des *Usines de pâte à papier*, doivent déterminer, parmi les analyses souvent très techniques et parfois contradictoires qui sont produites par les parties, « *quels faits sont à prendre en considération, [d']en apprécier la force probante et [d']en tirer les conclusions appropriées* »¹³¹.

Dans de telles circonstances, la réaction première de la juridiction peut être de contourner l'obstacle. Dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, où chacune des parties avait produit « *un impressionnant matériel de nature scientifique* », la Cour avait, ainsi, prudemment trouvé un biais pour ne pas trancher entre les conclusions diamétralement opposées des experts au moment de déterminer l'existence d'un péril réel, grave et imminent. Précisant qu'elle avait « *étudié très attentivement ce matériel* », elle avait estimé « *toutefois que, comme elle le démontrera ci-après, il ne lui [était] pas nécessaire, pour répondre aux questions qui lui ont été posées dans le compromis, de déterminer lequel de ces points de vue est scientifiquement le plus solide* »¹³². Au contraire, dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la CIJ ne refuse plus d'analyser, en les confrontant, les éléments de preuve produits par les parties. Ce changement est certainement un réel progrès. L'arrêt n'en est pas moins globalement décevant, la Cour n'ayant pas saisi

¹³⁰ Article XVI. Texte disponible sur le site de l'Union africaine : [http://www.africa-union.org/root/au/Documents/Treaties/treaties_fr.html].

¹³¹ *Ibid.*, §. 168.

¹³² Arrêt précité, §. 54.

l'occasion d'une controverse sur l'expertise pour affirmer plus avant son pouvoir d'enquête. Cette évolution était pourtant également souhaitable. Les juges devaient en effet pouvoir disposer d'informations fiables, complètes et les plus impartiales possibles, afin que l'examen des éléments de preuve ne conduise pas à une représentation tronquée de la vérité.

À l'appui de leur argumentation, l'Argentine et l'Uruguay avaient communiqué à la Cour une grande quantité de rapports et d'études, réalisées pour la plupart par des experts qu'elles avaient elles-mêmes mandaté. Les deux États avaient, en outre, désigné des experts parmi les membres de leur délégation, afin qu'ils soient entendus comme « conseils » lors de la phase orale de la procédure. Chacun a évidemment mis en doute la crédibilité des informations produites par l'autre, arguant du fait qu'elles émanaient de personnes qui n'étaient nullement indépendantes. Manifestement embarrassé par cette situation, le juge Bennouna demanda aux parties de préciser ce qu'elles entendaient par « expert indépendant » et si, dans le contexte de la présente affaire, un expert mandaté par l'une ou l'autre d'entre elles pouvait être qualifié d'« expert indépendant ».

Sans surprise, les réponses des parties à cette question ont été radicalement opposées. Pour l'Uruguay aucun des experts engagés pour les besoins du procès ne pouvait être tenu pour indépendant¹³³. La seule autorité qui devait être considérée comme étant affranchie de tout lien de subordination avec l'une et l'autre des parties au différend, était la Société financière internationale (SFI). Membre du groupe la Banque mondiale, celle-ci avait participé à la procédure d'évaluation de l'usine Botnia en tant qu'organisation internationale et donc, selon l'Uruguay, en tant qu'entité nécessairement indépendante de ses membres¹³⁴. L'Argentine, qui avait de son côté recruté des scientifiques argentins et anglais, contestait cette présentation. Laurence Boisson de Chazourmes montra que la SFI ne pouvait nullement être considérée comme représentante de la communauté internationale ; celle-ci se confondait avec le défendeur et ses expertises ne pouvaient, à elles seules, avoir valeur probante¹³⁵. Philippe Sands avança que deux éléments devaient être pris en compte pour déterminer l'indépendance d'un expert : « *first, the individual's relationship to the party or parties and, second, his or her relationship to the matters that are in dispute in a particular case* »¹³⁶. Sur ce fondement, il fit valoir que ni les fonctionnaires et agents du ministère de l'environnement intervenu dans la procédure, ni la SFI ne pouvait être tenus pour indépendants de l'Uruguay. Cette dernière, en tant que bailleur de fond,

¹³³ V. la plaidoirie de P. REICHLER, doc. CR 2009/19, p. 33 et s.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 36 et s.

¹³⁵ V. le doc. CR 2009/20, pp. 38-41.

¹³⁶ Doc. CR 2009/21, p. 23.

avait en effet un intérêt personnel à ce que le projet soit réalisé. L'indépendance ne pouvait en définitive être reconnue qu'à trois universitaires (MM. Colombo et Wheeler, pour le demandeur, M. Menzie, pour le défendeur) :

*« they are not employees of [...] Government, and they have no personal interest in the outcome of these proceedings. They are, in fact, respected senior academics, with international reputations to protect. Having written reports that were submitted in these proceedings, there is nothing at all unusual in Dr. Menzie and Professor Colombo and Professor Wheeler having been asked to join the delegations of the States that respectively sought their expertise »*¹³⁷.

L'arrêt du 10 avril 2010 ne tranche pas la question. Renvoyant les parties dos à dos, la Cour relève, tout d'abord, que « [s]’agissant des experts qui sont intervenus à l’audience en qualité de conseils, [elle] aurait trouvé plus utile que les Parties, au lieu de les inclure à ce titre dans leurs délégations respectives, les présentent en tant que témoins-experts en vertu des articles 57 et 64 du Règlement de la Cour. Elle considère en effet que les personnes déposant devant elle sur la base de leurs connaissances scientifiques ou techniques et de leur expérience personnelle devraient le faire en qualité d’experts ou de témoins, voire, dans certains cas, à ces deux titres à la fois, mais pas comme conseils, afin de pouvoir répondre aux questions de la partie adverse ainsi qu’à celles de la Cour elle-même »¹³⁸. La Cour rappelle, par cette affirmation qui sonne comme une remontrance, les deux avantages essentiels qu’offrent les experts-témoins par rapport aux experts-conseils. Les premiers prêtent serment conformément à l’article 64 du Règlement, alors que les seconds n’y sont pas tenus. Ils interviennent donc en qualité d’auxiliaires de justice et non comme représentant des parties. C’est toute la différence, comme l’a relevé le juge Greenwood dans son opinion individuelle, entre « *the evidence of a witness and the advocacy of [a] counsel* »¹³⁹. Ensuite et surtout, les témoins, même experts, font l’objet d’un interrogatoire croisé (cross-examination) de la part des parties. Éclairés par un interrogatoire contradictoire, les juges sont mieux à même d’appréhender les enjeux et de percevoir les qualités, les limites, voire les lacunes des rapports d’expertise. La CIJ confirme, en cela, la préférence qu’elle avait affichée en 2005 pour ce mode de preuve dans son arrêt relatif à l’affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda). Elle soulignait à l’époque « qu’une attention particulière mérite d’être prêtée aux éléments de preuve obtenus par l’audition d’individus directement concernés et soumis à un contre-interrogatoire par des juges rompus à l’examen et à l’appréciation de grandes

¹³⁷ *Ibid.*, p. 24.

¹³⁸ Arrêt, §. 167.

¹³⁹ §. 27 de l’opinion jointe à l’arrêt.

quantités d’informations factuelles, parfois de nature technique »¹⁴⁰. La Cour égratigne au passage le point de vue de l’Argentine qui, lors des plaidoiries, avait affirmé de manière surprenante que le système d’interrogatoire croisé ne serait pas praticable, compte tenu notamment du nombre des juges et du temps accordé à la phase orale¹⁴¹. Cette assertion était sans doute imprudente, dès lors que la Cour l’avait expérimenté, voire encouragé, trois ans auparavant dans l’affaire de l’*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine/Serbie-Monténégro)*¹⁴².

Ayant formulé cette critique à l’adresse des deux États, la Cour n’en tire toutefois pas de conséquence spécifique. Au contraire, elle « *n’estime pas nécessaire, pour statuer en l’espèce, de s’engager dans un débat général sur la valeur, la fiabilité et l’autorité relatives des documents et études élaborées par les experts et les consultants des parties* »¹⁴³, puis annonce qu’elle « *se prononcera sur les faits, en se fondant sur les éléments de preuve qui lui ont été présentés* »¹⁴⁴.

Ce passage de l’arrêt a été fortement critiqué par les juges Al-Khasawneh et Simma dans une opinion dissidente qui a fait grand bruit. Constatant que la Cour à elle seule n’était pas en mesure d’apprécier de manière adéquate des éléments scientifiques complexes, ils estiment, d’une part, que la Cour aurait pu, en application de l’article 62 de son Règlement, inviter les parties à produire les moyens de preuve ou à donner les explications qu’elle considèrerait comme nécessaires pour comprendre les problèmes en cause¹⁴⁵. Ils considèrent, d’autre part, que la Cour aurait dû, en vertu de l’article 50 de son Statut, recourir à une source extérieure et confier une enquête ou une expertise à une personne, un corps, un bureau, une commission ou un organe de son choix¹⁴⁶. Cette critique a d’autant plus de poids en l’espèce que la lecture du reste de l’arrêt montre que, devant les contradictions des experts, voire l’incomplétude des informations qui lui ont été fournies, la Cour a dû à certains moments faire fi des analyses des parties et raisonner sur la base de présomptions hasardeuses. Ainsi, par exemple, à propos de la prise en compte du débit du fleuve et de l’intensité des phénomènes d’inversion de

¹⁴⁰ §. 61. V. aussi son arrêt sur le fond du 26 février 2007 dans l’affaire de l’*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine/Serbie-Monténégro)*, §. 213.

¹⁴¹ V. la plaidoirie de Ph. SANDS, doc CR/2009/21, p. 26 (« *a Court such as this, assembling different legal traditions and different approaches to evidentiary and expert issues, necessarily has to adopt a certain flexibility in its approach to the collection and use of evidence and expertise. This is all the more so with a Bench that is so large in number, which makes it less well-suited to the conduct of examination and cross-examination, and where it seems the time available for oral hearings is limited* »).

¹⁴² Arrêt sur le fond précité, §§. 39-43 et 58.

¹⁴³ Arrêt, §. 168.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ §. 7 de l’opinion diss. jointe à l’arrêt.

¹⁴⁶ *Ibid.*, §. 8 et s.

courant pour le choix du lieu d'implantation de l'usine, elle indique, sans expliquer pourquoi, que « la Cour est d'avis que, en élaborant ses normes relatives à la qualité de l'eau [...], la CARU a certainement tenu compte de la capacité de réception et de la sensibilité des eaux du fleuve, y compris dans les zones fluviales qui bordent Fray Bentos »¹⁴⁷. A plusieurs reprises, la Cour s'est, en outre, contentée de données partielles ou totalement contradictoires (par exemple sur la prolifération des algues dans le fleuve¹⁴⁸ ou la présence de substances phénoliques¹⁴⁹), ou d'éléments de preuve fragiles (une déclaration sous serment de responsables de l'usine Botnia selon laquelle l'exploitant n'utiliserait pas certains produits¹⁵⁰), pour conclure que l'Argentine n'avait pas apporté la preuve de ses allégations. Or, comme l'a souligné non sans malice le juge *ad hoc* Vinuesa dans son opinion dissidente, « [b]asing its legal analysis on this incomplete evidence renders the judgment itself incomplete »¹⁵¹. A propos des rejets de phosphore dans le fleuve, elle s'est même contentée d'apprécier le risque de pollution sur la base des seuls critères établis en droit uruguayen, constatant qu'aucune norme de qualité de l'eau n'avait été établie par la CARU ni par l'Argentine. Des appréciations scientifiques plus objectives auraient peut-être été préférables¹⁵². Enfin, à plusieurs endroits, les juges se sont appuyés sur les études conduites par la SFI pour rejeter les arguments de l'Argentine, en faisant fi de la critique de cette dernière quant à l'absence d'indépendance de cette institution : pour l'évaluation du choix du site d'implantation de l'usine Botnia¹⁵³, l'appréciation des conditions de consultation des populations intéressées¹⁵⁴ ou l'estimation des rejets de substances phénoliques¹⁵⁵. Conférant aux expertises de cette organisation une valeur quasi-objective, la CIJ a créé un déséquilibre entre les parties dans l'administration de la preuve.

Dans ces conditions, la nomination d'experts par la Cour aurait certainement été utile pour la recherche de la vérité. Était-elle pour autant souhaitée ? Manifestement pas, car comme l'a relevé le juge Keith dans son opinion individuelle, aucune des parties ne l'avait demandé, surtout pas l'Argentine. Or, par le passé, la CIJ n'a utilisé la possibilité que lui offre l'article 50 de son Statut que lorsque, soit les parties le lui avaient toutes

¹⁴⁷ Arrêt, §. 214.

¹⁴⁸ Arrêt, §§. 248-250.

¹⁴⁹ Arrêt, §§. 251-254.

¹⁵⁰ Arrêt, §§. 256-257.

¹⁵¹ Arrêt, §. 69.

¹⁵² Arrêt, §. 242 (cas du phosphore total et des phosphates).

¹⁵³ Arrêt, §. 210.

¹⁵⁴ Arrêt, §. 218.

¹⁵⁵ Arrêt, §. 252.

deux demandé¹⁵⁶, soit l'une d'entre elles au moins l'avait sollicité¹⁵⁷. Dans l'affaire des Usines de pâte à papier, la Cour aurait certainement pu passer outre la réticence des États et désigner néanmoins des experts. Son Statut le lui permettait. Mais il n'est pas dans ses habitudes de se montrer si intrusive dans le déroulement de la procédure. Elle se place traditionnellement en retrait des parties pour la recherche de la vérité, se contentant d'arbitrer les efforts des États. Cette vision très orthodoxe du caractère accusatoire de la procédure s'explique sans doute par sa volonté de respecter le consensualisme, elle-même guidée par son souci que les États ne se détournent pas de son for. Mais s'il est vraisemblable que les deux États auraient résisté sur le moment à ce changement, ils auraient néanmoins apprécié de pouvoir disposer à la fin d'un arrêt qui, irréprochable quant aux faits, leur aurait permis de régler définitivement leur différend.

* * *

Se tournant vers l'avenir, la Cour souligne à la fin de son arrêt, dans un *obiter dictum* qui apparaît comme une mise en garde, que le Statut « impose aux Parties de coopérer entre elles » et que « [c]ette obligation de coopération s'étend au contrôle et au suivi d'une installation industrielle, telle que l'usine Orion (Botnia) »¹⁵⁸. Compte tenu des relations très dégradées des parties, il était à craindre qu'elles ne parviennent pas à s'entendre et que se reproduise la situation de confusion qui a suivi l'arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* du 25 septembre 1997 : quelques mois après celui-ci, la Slovaquie a demandé un arrêt complémentaire à la Cour au motif qu'elle n'avait pu s'accorder avec la Hongrie sur les moyens de son exécution. Treize ans plus tard, l'affaire est toujours inscrite au rôle et peine à se dénouer.

S'agissant des usines de pâte à papier, les parties ont montré dans les premiers mois une volonté d'en finir avec cette affaire. Un accord a été conclu entre les chefs des deux États fin juillet 2010 qui prévoit la mise en place d'un comité paritaire comprenant deux scientifiques argentins et deux uruguayens, chargés d'évaluer l'impact environnemental du fonctionnement de l'usine Orion¹⁵⁹. L'Argentine a, de ce point de vue, gagné le droit de regard qu'elle

¹⁵⁶ V., par exemple, l'ordonnance de la Chambre de la Cour du 30 mars 1984 dans l'affaire de la Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/États-Unis d'Amérique), ou celle de la Cour du 9 avril 1987 dans l'affaire Différend frontalier (Burkina Faso/Mali), toutes deux disponibles sur le site [http://www.icj-cij.org].

¹⁵⁷ V., par exemple, les deux ordonnances du 17 décembre 1948 et du 17 janvier 1949 dans l'affaire du Détroit de Corfou. V. cependant l'ordonnance de la CPJI du 13 septembre 1928 dans l'affaire de l'Usine de Chorow, Série A, n°17, p. 13.

¹⁵⁸ Arrêt, §. 281. V. aussi l'opinion individuelle du juge GREENWOOD qui insiste sur l'importance de ce rappel.

¹⁵⁹ AFP, 28 juillet 2010.

réclamait dès l'origine. Mais peu après que les scientifiques ont débuté leur mission de surveillance au début du mois d'octobre¹⁶⁰, la publication, sous l'égide du secrétariat d'État argentin à l'environnement, d'un rapport alarmant sur la pollution atmosphérique qui serait causée par l'usine a remis le feu aux poudres. Or, cette question est, semble-t-il, hors du champ du *monitoring* prévu par les parties¹⁶¹. Ce regain de tension a montré que la résistance demeure forte du côté argentin. Des assemblées de manifestants déclarent même que « *la lutte se poursuivra jusqu'à ce que Botnia parte du Bassin du fleuve Uruguay* »¹⁶². La bataille n'est donc peut-être pas terminée, même si elle se livrera désormais en dehors du prétoire de la Cour.

RÉSUMÉ

En dépit de quelques apports et clarifications importants et bienvenus, en particulier sur l'obligation de *due diligence* et l'évaluation de l'impact environnemental, l'arrêt du 20 avril 2010 déçoit globalement les attentes qu'il avait pu susciter. La Cour internationale de Justice retient dans l'ensemble une interprétation restrictive des obligations de prévention des dommages à l'environnement dans un contexte transfrontière. Elle fonde son raisonnement sur une distinction artificielle entre obligations procédurales et obligations de fond, qui condamne toute perspective de réparation matérielle. Elle fait montre, enfin, d'une excessive retenue dans la recherche de la vérité, refusant de prendre en compte les difficultés de preuve spécifiques aux contentieux environnementaux. Au-delà de la pétition de principe en faveur du développement durable, cette affaire est emblématique de la difficulté du juge international à trouver le point d'équilibre entre les exigences du développement économique, d'une part, et de la protection de l'environnement, d'autre part.

ABSTRACT

Despite some important and welcomed contributions and clarifications, especially on the due diligence obligation and the environmental impact assessment, the judgment of the 20th April 2010 didn't answer the expectations. The International Court of Justice upholds globally a restrictive interpretation of the obligations to prevent environmental damages in a transboundary context. Its reasoning relies on an artificial distinction

¹⁶⁰ « Científicos argentinos y uruguayos realizan el primer contrl en la pastera », *La Nacion*, 6 octobre 2010.

¹⁶¹ « Cruce con Uruguay por un informe sobre contaminacion », *Clarín*, 14 octobre 2010.

¹⁶² Voir N. NAAMANE, « Uruguay vs Argentine : L'affaire Botnia ou la guerre du papier », *Le Petit Hergé*, 27 septembre 2010, [<http://www.petitherge.com>], consulté le 15 décembre 2010.

between procedural and substantial obligations, which prevents the award of any form of reparation other than satisfaction. Finally, it shows an excessive restraint in the search for truth, refusing to take into account the difficulties related to the search of evidence in environmental matters. Beyond the statements made in favour of sustainable development, this case symbolises the international judge's difficulty to find the right balance between economical development, on the one hand, and environmental protection, on the other hand.

RESUMEN

A pesar de algunas aportaciones y clarificaciones importantes, en particular acerca de la obligación de la due diligence y la evaluación del impacto sobre el medio ambiente, en su conjunto la sentencia de 20 de abril de 2010 decepciona globalmente y no está a la altura de las expectativas que había podido suscitar. La Corte Internacional de Justicia formula una concepción restrictiva de la obligación de prevención de daños al medio ambiente en una contexto transfronterizo. Funda su razonamiento sobre una distinción artificial, la existente entre obligaciones de procedimiento y obligaciones de fondo, que impide toda perspectiva de reparación material. Muestra además una excesiva prudencia en la búsqueda de la verdad al negarse a tomar en consideración las dificultades de prueba propias de los contenciosos en materia de medio ambiente. Más allá de la petición de principio en favor del desarrollo sostenible, este asunto es emblemático respecto de la dificultad del juez internacional para encontrar el punto de equilibrio entre las exigencias del desarrollo económico y la protección del medio ambiente.