

OPINION DISSIDENTE DE M. VERESHCHETIN

[Traduction]

A regret, je ne puis m'associer aux parties de l'arrêt où il est dit que la Tchécoslovaquie n'était pas en droit de mettre en service, à partir d'octobre 1992, ce qu'il est convenu d'appeler la «variante C» («solution provisoire») (arrêt, par. 155, al. 1 C) et que:

«la Slovaquie devra indemniser la Hongrie pour les dommages subis par cette dernière du fait de la mise en service de la «solution provisoire» par la Tchécoslovaquie et de son maintien en service par la Slovaquie» (par. 155, al. 2 D).

Je suis convaincu que la Tchécoslovaquie était pleinement en droit, au regard du droit international, de mettre en service la variante C à titre de contre-mesure, tant que l'autre partie au traité persistait à violer ses obligations. Certes, la Slovaquie elle-même a fait valoir ce moyen comme «un argument juridique subsidiaire» et ne l'a pas développé pleinement. La logique en est très claire et elle a été exposée à maintes reprises par la Slovaquie. Celle-ci ne pense pas que la variante C constituait un acte illicite, même *prima facie*, alors que toute contre-mesure, considérée indépendamment des circonstances excluant son illicéité, est en soi un acte illicite.

La Slovaquie est d'avis que la variante C était une solution licite, temporaire et réversible, rendue nécessaire par les actes de son cocontractant et elle préfère défendre sa décision sur la base du principe de l'«application par approximation». Toutefois, l'opinion ou la croyance subjective de la Slovaquie ne saurait empêcher la Cour de se former une opinion différente à ce sujet. La Cour est liée par les questions que les Parties lui ont posées dans le compromis, mais non par les arguments qu'elles ont avancés dans leurs pièces et plaidoiries.

A cet égard, on peut trouver une remarque très pertinente dans le commentaire de la Commission du droit international sur son projet d'articles sur la responsabilité des Etats:

«Le point de savoir si telle ou telle mesure est en fait une contre-mesure est une question objective ... il ne suffit pas que l'Etat qui se prétend lésé pense subjectivement qu'il prend (ou, tout aussi bien qu'il ne prend pas) une contre-mesure. C'est pourquoi ce point constituerait, pour le tribunal arbitral, une question ... [qu']il appartiendrait au tribunal lui-même de trancher.» (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10*, doc. A/51/10, p. 186.)

Les Parties ont prié la Cour de dire

«si la République fédérative tchèque et slovaque était *en droit* de recourir, en novembre 1991, à la «solution provisoire» et de mettre en service, à partir d'octobre 1992, ce système» (compromis, art. 2, par. 1 *b*); les italiques sont de moi).

La Cour ayant décidé que «la Tchécoslovaquie était en droit de recourir, en novembre 1991, à la «solution provisoire» (arrêt, par. 155, al. 1 B), mes observations porteront principalement sur le droit de la Tchécoslovaquie de mettre ce système en service à partir d'octobre 1992.

Le droit de riposter au moyen de contre-mesures proportionnées découle d'un acte illicite commis préalablement par l'Etat qui est la cible des contre-mesures en question. D'après la jurisprudence de la Cour, la commission d'actes illicites justifierait «des contre-mesures proportionnées ... de la part de l'Etat qui en aurait été victime...» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 127, par. 249.) Le droit de recourir à des contre-mesures est circonscrit par un certain nombre de conditions et de restrictions.

C'est la Commission du droit international qui, dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité des Etats, a tenté le plus récemment et avec le plus d'autorité de codifier les règles relatives aux contre-mesures (voir Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, supplément n° 10*, doc. A/51/10). On peut considérer que certaines des dispositions formulées par la Commission du droit international en la matière ne se contentent pas de codifier les règles coutumières relatives aux contre-mesures (anciennement appelées représailles), mais assurent également le développement de ces règles. Par conséquent, je ne pense pas qu'en estimant que la variante C constitue une contre-mesure la Cour ait pu aller au-delà des conditions auxquelles, selon le projet d'articles de la Commission du droit international, une contre-mesure peut être licite.

Ainsi, exiger que la variante C ait été en la circonstance pour la Tchécoslovaquie le seul moyen à sa portée reviendrait à appliquer aux contre-mesures le critère que la Commission du droit international estime indispensable pour invoquer l'«état de nécessité», mais qu'elle ne mentionne pas expressément dans le texte des articles relatifs aux contre-mesures.

Mais, même à supposer que ce critère puisse s'appliquer également aux contre-mesures, de quels autres moyens juridiques, en dehors des contre-mesures, la Tchécoslovaquie aurait-elle éventuellement disposé? La Cour ayant conclu que la Tchécoslovaquie n'était pas en droit de mettre en service la variante C, elle aurait dû en toute équité clairement indiquer une ou plusieurs autres options juridiques propres à permettre à la Tchécoslovaquie de faire valoir effectivement ses droits aux termes du traité et d'amener l'autre partie à reprendre l'exécution de ses obligations. Dans mon analyse de l'affaire, je n'ai pas été en mesure de constater que la Tchécoslovaquie disposait en 1991 ou 1992 d'une telle autre option effective.

A l'évidence, l'un des moyens juridiques prévus à l'article 60 de la convention de Vienne sur le droit des traités aurait été la terminaison du traité de 1977 en réponse à une violation substantielle commise par l'autre partie. Mais, pour la Tchécoslovaquie, cela ne serait-il pas revenu à devenir l'artisan de la solution que la Hongrie avait cherché à atteindre par ses actions illicites?

Un autre moyen juridique, on peut également l'imaginer, aurait été le recours formel à la procédure de règlement des différends prévue à l'article 27 du traité de 1977, qui dispose que :

«1. Le règlement des différends concernant toutes questions relatives à la réalisation et au fonctionnement du système d'écluses incombera aux délégués gouvernementaux.

2. Si les délégués gouvernementaux ne peuvent parvenir à un accord sur les questions en litige, ils les soumettront aux gouvernements des parties contractantes pour décisions.»

Lorsque la variante C a été mise en œuvre (en novembre 1991), «les questions en litige» étaient depuis longtemps entre les mains des gouvernements des parties contractantes. En conséquence, il n'était pas réaliste de s'attendre que ces questions fussent réglées par une procédure se déroulant à un niveau bien moindre, alors que toutes les tentatives de parvenir à un règlement au niveau intergouvernemental le plus élevé possible avaient échoué.

Serait-il plus exact, ou en l'occurrence plus réaliste, du point de vue juridique, d'exiger de la Tchécoslovaquie qu'elle se fût présentée devant la Cour avant de mettre en service la variante C en octobre 1992? Outre que la Tchécoslovaquie n'était pas juridiquement tenue de le faire, il y a lieu de rappeler que plus de quatre ans se sont écoulés entre le dépôt de la requête en l'espèce et le début des audiences. On peut facilement imaginer le montant des dommages économiques et écologiques, de même que le préjudice causé à la navigation internationale, qui auraient résulté d'un tel délai.

Il y a lieu toutefois de garder à l'esprit que la Tchécoslovaquie a respecté l'obligation de négocier avant de recourir aux contre-mesures. Entre la première suspension des travaux par la Hongrie, en mai 1989, la mise en œuvre de la variante C, en novembre 1991, et enfin sa mise en service, en octobre 1992 (voir arrêt, par. 61-64), de nombreuses négociations, qui se sont révélées infructueuses, ont été menées à différents niveaux en vue de résoudre le différend. L'historique de ces négociations montre clairement que, au moins à partir de la fin de 1990, le seul but de ces négociations pour la Hongrie était de mettre fin au traité et de conclure un nouvel accord ne portant que sur les conséquences de cette terminaison alors que, pour la Tchécoslovaquie, le but de ces négociations était la poursuite et l'achèvement du projet conjoint selon des modalités définies d'un commun accord dans le cadre du traité. Le retrait progressif de la Hongrie du projet conjoint, au mépris du traité de 1977, a conduit à la mise en service de la variante C.

Les conditions fondamentales pour qu'une contre-mesure soit licite sont : 1) la commission préalable d'un acte illicite par l'Etat visé par la contre-mesure; 2) la nécessité de la contre-mesure en question, et 3) sa proportionnalité au regard des circonstances de l'espèce. Certains types d'actes sont totalement interdits en tant que contre-mesures, mais ils n'ont pas de rapport avec la présente affaire (ces actes étant la menace ou l'emploi de la force, la coercition économique ou politique extrême, l'atteinte à l'inviolabilité d'agents diplomatiques, les violations des droits fondamentaux de l'homme ou des normes de *jus cogens*).

J'estime que toutes les conditions susmentionnées étaient remplies lorsque la Tchécoslovaquie a mis en service la variante C en octobre 1992. Pour ce qui est de la première condition, elle est remplie puisque la Cour a conclu que la Hongrie n'était pas en droit de suspendre puis d'abandonner les travaux relatifs au projet, ou de mettre fin au traité en 1992 (arrêt, par. 155, al. 1 A et D). La suspension unilatérale par la Hongrie des travaux à Nagymaros et à Dunakiliti (violations initiales du traité de 1977 consistant en la non-exécution d'obligations) et l'abandon ultérieur de tous les travaux relatifs au projet se sont produits avant novembre 1991, date à laquelle, d'après le compromis, la Tchécoslovaquie a recouru à la «solution provisoire». La terminaison illicite du traité par la Hongrie (le 19 mai 1992) a précédé la date à laquelle la Tchécoslovaquie a mis en service la variante C (octobre 1992 selon le compromis).

Des contre-mesures ne peuvent être regardées comme «nécessaires» que si elles visent à amener l'Etat auteur du fait illicite à s'acquitter de ses obligations et doivent être suspendues dès la cessation du fait illicite. Cette exigence présuppose donc qu'une contre-mesure soit de caractère réversible.

Au cours de la procédure, la Slovaquie a dit et répété que la variante C était conçue comme une solution provisoire et réversible, comme une tentative d'inciter la Hongrie à rétablir la situation qui existait avant qu'elle ne commette l'acte illicite. Il est à relever que le groupe de travail des Communautés européennes, dans son rapport du 23 novembre 1992, n'a pas nié qu'il serait techniquement faisable de revenir au projet prévu par le traité :

«En principe, les travaux en cours dans le cadre de la variante C ne sont pas irréversibles. Il est possible en théorie de démolir les ouvrages, à l'exception de certaines parties enterrées, comme les rideaux de palplanches et les injections. Le coût de la démolition des ouvrages est évalué approximativement à au moins trente pour cent des coûts de la construction.» (Mémoire de la Hongrie, vol. 5, deuxième partie, annexe 14, p. 434.)

Ces propos confirment que, au moins à l'époque où le Danube a été barré, la variante C était une mesure réversible et qu'un retour à un plan déterminé d'un commun accord s'inscrivant dans le projet prévu par le traité était possible.

La thèse de la Hongrie selon laquelle la Tchécoslovaquie aurait eu

— et continuerait d'avoir — l'intention cachée d'agir unilatéralement n'est que fort peu pertinente pour la question de la réversibilité de la variante C.

L'existence d'une telle intention au niveau gouvernemental et la volonté de la traduire dans les faits s'accordent mal avec le comportement que la Tchécoslovaquie a adopté après la suspension par la Hongrie des travaux prévus par le traité. Le Gouvernement de la Tchécoslovaquie n'a pas saisi l'occasion qui se présentait de mettre fin au traité de 1977 et de mettre en œuvre le projet unilatéralement, mais a essayé au contraire de persuader le Gouvernement hongrois de revenir à l'exécution de ses obligations conventionnelles. En même temps, le Gouvernement tchécoslovaque s'est déclaré prêt à tenir compte d'un nombre important de préoccupations écologiques de la Hongrie, proposant en octobre 1989 la tenue de négociations sur la conclusion d'accords relatifs à des garanties techniques, opérationnelles et écologiques, ou ayant trait à la limitation, voire l'exclusion, de l'exploitation en régime de pointe du système de barrage de Gabčíkovo-Nagymaros. En tout état de cause, la véracité et la fiabilité de l'engagement que la Tchécoslovaquie et la Slovaquie ont pris publiquement de revenir au projet conjoint ne peuvent pas être mises en doute sur la base de simples conjectures, mais ne peuvent être appréciées qu'à la lumière des réactions de la Tchécoslovaquie et de la Slovaquie aux actions concrètes de la Hongrie.

Il reste à examiner une condition plus fondamentale de la licéité d'une contre-mesure, à savoir sa proportionnalité dans les circonstances de l'espèce. Tant en doctrine qu'en jurisprudence, il est largement reconnu que le critère de proportionnalité est très important dans le régime des contre-mesures tout en étant très incertain et donc complexe.

Pour commencer, selon la Commission du droit international:

«Il n'y a ... pas d'uniformité, ni dans la pratique ni dans la doctrine, en ce qui concerne la définition ainsi que la rigueur ou la souplesse du principe et les critères à retenir pour apprécier la proportionnalité.» (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, supplément n° 10*, doc. A/50/10, p. 155-156.)

La Commission du droit international fait également observer que: «La référence à l'équivalence ou à la proportionnalité au sens étroit est inhabituelle dans la pratique des Etats...» (*Ibid.*, p. 157.) C'est pourquoi la doctrine et les sentences arbitrales laissent entendre que la licéité des contre-mesures doit être appréciée à partir de critères négatifs: la contre-mesure ne doit pas être «manifestement disproportionnée», «clairement disproportionnée», «hors de toute proportion»¹ ou «hors de proportion», etc. La Commission du droit international a employé cette dernière expression («hors de proportion») dans son plus récent projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Le texte de l'article correspondant se lit comme suit:

¹ En français dans le texte original.

«Les contre-mesures prises par un Etat lésé ne doivent pas être hors de proportion avec le degré de gravité du fait internationalement illicite ou ses effets sur l'Etat lésé.» (Art. 49.)

Dans son commentaire, la Commission a précisé qu'«il [fallait] apprécier la proportionnalité en tenant compte non seulement de l'élément purement «quantitatif» du dommage causé, mais encore de facteurs «qualitatifs» tels que l'importance de l'intérêt protégé par la règle enfreinte et la gravité du manquement» (Nations Unies, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, supplément n° 10*, doc. A/50/10, p. 157).

Si l'on adopte cette approche qui, à mon avis, reflète bien la pratique des Etats et la jurisprudence, l'on doit apprécier l'importance du principe *pacta sunt servanda* violé par la Hongrie, mesurer les effets concrets de cette violation pour la Tchécoslovaquie par rapport à l'importance des règles que la Tchécoslovaquie n'a pas respectées, et mesurer aussi les effets concrets d'un tel manquement pour la Hongrie. Les «degrés de gravité» dans un cas et dans l'autre ne doivent pas nécessairement être équivalents mais, pour reprendre les termes employés dans la sentence rendue dans l'affaire de l'*Accord sur les services aériens*, il doit y avoir «une certaine équivalence» entre eux (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 483, par. 83) ou, pour reprendre les mots de la Commission du droit international, ils ne doivent «pas être hors de proportion».

Cette tâche n'est pas aisée et ne peut être accomplie que de façon approximative, c'est-à-dire avec un certain degré de subjectivité. En appréciant, d'un côté, la gravité de la violation préalable et ses effets et, de l'autre, la gravité de la contre-mesure et ses effets, la Cour aurait dû, dans toute la mesure possible, chercher tout d'abord à comparer ce qui était comparable et le faire en tenant dûment compte de toutes les circonstances concomitantes par rapport à l'ensemble des causes et conséquences pertinentes. Suivant cette approche, la Cour aurait dû apprécier par approximation et comparer séparément :

- 1) les effets économiques et financiers de la violation par rapport aux effets économiques et financiers de la contre-mesure;
- 2) les effets sur l'environnement de la violation par rapport aux effets sur l'environnement de la contre-mesure;
- 3) les effets de la violation sur l'exercice du droit à employer les ressources en eaux communes par rapport aux effets de la contre-mesure sur l'exercice de ce même droit par l'autre partie.

La Cour aurait dû expressément limiter toutes ces appréciations et comparaisons à la période définie dans la question qui lui a été posée par les Parties, à savoir la période qui va de novembre 1991 à octobre 1992. Il ne faudrait pas perdre de vue que l'idée et le but mêmes d'une contre-mesure sont d'inciter l'Etat auteur de la violation à reprendre l'exécution de ses obligations. Plus tôt il le fait, moindres seront les dommages qu'il aura à subir du fait de la contre-mesure.

S'agissant du premier point de comparaison, selon la Slovaquie, «au mois de mai 1989, la Tchécoslovaquie avait ainsi dépensé au total 2,3 milliards de dollars (13,8 milliards de couronnes tchécoslovaques) pour le projet G/N» (mémoire de la Slovaquie, par. 5.01). Ces chiffres qui, bien entendu, ne tiennent pas compte de la perte de production d'énergie et du coût de la protection, de l'entretien et du démantèlement définitif des structures existantes, donnent une idée des pertes économiques et financières que la Tchécoslovaquie aurait subies au cas où elle aurait complètement abandonné le projet.

Pour sa part, la Hongrie n'a pas avancé, ni dans ses pièces écrites ni dans ses plaidoiries, de chiffres concrets pour traduire en termes monétaires le montant des dommages matériels qu'elle a effectivement subis de par la mise en œuvre par la Tchécoslovaquie de la variante C. La Hongrie a prétendu qu'elle avait droit au versement par la Slovaquie de dommages et intérêts d'un montant non spécifié au titre d'éventuels dommages à venir ou du risque potentiel de dommages résultant de la variante C. Il est vrai qu'«aux ressources naturelles est ... attachée une valeur que l'on calcule difficilement par les moyens classiques» (réplique de la Hongrie, vol. 1, par. 3.170), mais des pertes économiques à longue échéance et de caractère incertain, sans parler du simple risque potentiel de telles pertes, ne peuvent pas se comparer avec la menace réelle et imminente de devoir renoncer aux fruits d'un investissement d'une telle ampleur.

Pour ce qui est des effets comparés sur l'environnement, la variante C peut être considérée comme préférable au projet initial convenu, puisque son réservoir est plus petit et qu'elle exclut le fonctionnement en régime de pointe. Par ailleurs, en cas d'abandon total du projet, le canal de dérivation, à sec, ainsi que les autres ouvrages achevés mais non exploités, auraient présenté un danger important et durable pour l'environnement de l'ensemble de la région. Comme il est indiqué dans l'arrêt :

«Il ressort du rapport, en date du 31 octobre 1992, de la mission d'enquête tripartite ... que la non-utilisation du système ... aurait pu entraîner de graves problèmes pour l'environnement.» (Par. 72.)

Il est également nécessaire de comparer la gravité et les effets de la violation du traité de 1977 commise par la Hongrie avec la gravité et les effets de la réaction de la Tchécoslovaquie pour ce qui est de leurs droits respectifs sur les ressources communes en eau. La Hongrie et la Tchécoslovaquie étaient convenues par traité d'un plan d'utilisation conjointe des ressources en eau communes, qu'elles considéraient évidemment comme équitable et raisonnable, tout au moins lors de la conclusion de cet accord. Les deux Etats ont réalisé d'importants investissements pour la mise en œuvre du plan ainsi convenu. Au moment où l'un des deux Etats (la Tchécoslovaquie) avait achevé quatre-vingt-dix pour cent de sa part des travaux prévus, l'autre Etat (la Hongrie) a brusquement refusé de continuer à exécuter ses obligations conventionnelles, qu'il s'était pourtant engagé à respecter quelques mois avant ce refus. En raison des caractéristiques techniques du projet, la Hongrie a par là même privé la

Tchécoslovaquie de la possibilité pratique de jouir de sa part des ressources communes en eau pour les fins clairement définies dans le traité, fins que la Hongrie avait expressément approuvées.

En réponse à cet acte illicite, la Tchécoslovaquie a de même manqué d'agir conformément aux obligations qui étaient les siennes en vertu du traité de 1977. En mettant en service la variante C, elle s'est temporairement appropriée, de façon unilatérale et essentiellement à son propre bénéfice, une quantité d'eau dont les deux Etats, à l'origine, d'après le plan contractuel conjoint, auraient pu, à parts égales, tirer profit. En même temps, la Tchécoslovaquie s'est de nouveau déclarée prête à revenir au plan d'utilisation et de contrôle communs préalablement convenu, à condition que la Hongrie cesse de violer ses obligations. Elle n'excluait pas non plus la possibilité de réviser d'un commun accord le plan conjoint initial.

Dans ces circonstances, et tant que la Hongrie n'exécutait pas ses obligations découlant du traité de 1977 et choisissait donc de ne pas faire usage des droits qu'elle tenait du même traité, la Tchécoslovaquie pouvait en principe, à titre de contre-mesure et donc provisoirement, ache-miner vers la structure de Gabčíkovo autant d'eau que convenu dans le plan contractuel conjoint. En outre, l'article 14 du traité de 1977 prévoyait la possibilité sous une certaine condition, pour chacune des parties, de prélever des quantités d'eau supérieures à celles spécifiées dans le plan contractuel conjoint (voir arrêt, par. 56).

Supposons toutefois que, compte tenu de toutes les circonstances concomitantes et de l'exacerbation des préoccupations écologiques, la Tchécoslovaquie aurait dû, pour des raisons d'équité, déverser plus d'eau qu'elle ne l'a fait dans l'ancien lit et dans le réseau de bras latéraux du Danube du côté hongrois. Cette hypothèse n'aurait porté que sur un seul des nombreux aspects que recèle en matière de proportionnalité la mesure en question, ce qui n'aurait pas en soi justifié la conclusion générale de la Cour selon laquelle la Tchécoslovaquie n'était pas en droit de mettre en service, à partir d'octobre 1992, la variante C.

Pour les motifs précités, je n'ai pu voter pour le paragraphe 155, alinéa 1 C de l'arrêt. Je n'ai pas pu non plus souscrire au paragraphe 155, alinéa 2 D, dans la mesure où il n'établit pas, malheureusement, de distinction entre l'obligation de l'Etat qui a commis un acte illicite antérieur et celle de l'Etat qui y a répondu en adoptant une contre-mesure. Il va sans dire que mon vote négatif au sujet du paragraphe 155, alinéa 2 D, dans son ensemble ne doit pas être interprété comme un vote contre la première partie de ce paragraphe.

(Signé) Vladlen S. VERESHCHETIN.