

LES ALÉAS DU DÉBIT DE L'EAU FACE À LA RIGUEUR FINANCIÈRE DU *PROTOCOLE ADDITIONNEL À LA CONVENTION RELATIVE À LA PROTECTION DU RHIN CONTRE LES CHLORURES* : ARBITRAGE SUR LA LIQUIDATION DES COMPTES OPPOSANT LES PAYS-BAS ET LA FRANCE

Anne Rainaud

Volume 17, Number 1, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069302ar>
DOI: <https://doi.org/10.7202/1069302ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Rainaud, A. (2004). LES ALÉAS DU DÉBIT DE L'EAU FACE À LA RIGUEUR FINANCIÈRE DU *PROTOCOLE ADDITIONNEL À LA CONVENTION RELATIVE À LA PROTECTION DU RHIN CONTRE LES CHLORURES* : ARBITRAGE SUR LA LIQUIDATION DES COMPTES OPPOSANT LES PAYS-BAS ET LA FRANCE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 17(1), 97–125.
<https://doi.org/10.7202/1069302ar>

Article abstract

The March 12th, 2004 arbitral award resolved a divergence that arose between France and the Netherlands concerning the interpretation of the *Additional Protocol of September 25, 1991 to the Convention of December 3, 1976 on the Protection of the Rhine against Pollution by Chlorides*. This *Protocol*, covering the period from 1991 to 1998, allowed different waterside residents of the Rhine to finance, on a regular basis, measures to be taken by France (soil storage) in order to counteract any dumping of chlorides above a certain concentration limit in the river. This litigation arose in 1999, at the time the accounts were being settled, i.e. when the final balances were determined. France had stored less than was anticipated, and had to refund the amounts that were overpaid from the States who were party to this *Convention*. The said divergence with respect to the interpretation of the *Protocol* in terms of the methods of determining the amount of restitution subsequently led to arbitration. An interpretation, taken in light of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, brings to the forefront articles 31 and 32, considered by the arbitral tribunal to be complementary. It appears obvious, when reading the award, that the parties apparently envisaged a system which was predominated by financial considerations, in which the fluctuation of the Rhine river's output (flow) was not adequately taken into consideration, seemingly in a deliberate fashion. The "*pacta sunt servanda*" rule is thus illustrated in this matter, where France is held to the terms of the *Protocol* which it negotiated with the other concerned parties and a pact to which it adhered. The *Protocol* was certainly imperfect with respect to its conception, since the circumstances of its application do not correspond with projections, especially in the case of France ; yet it remains the law binding these parties. France will thus have to refund the amounts in conformity to the *Protocol* without question.

**LES ALÉAS DU DÉBIT DE L'EAU FACE À LA RIGUEUR
FINANCIÈRE DU *PROTOCOLE ADDITIONNEL*
À LA CONVENTION RELATIVE À LA PROTECTION
DU RHIN CONTRE LES CHLORURES : ARBITRAGE
SUR LA LIQUIDATION DES COMPTES OPPOSANT
LES PAYS-BAS ET LA FRANCE**

*Par Anne Rainaud**

La sentence arbitrale du 12 mars 2004¹ résout une divergence d'interprétation née entre la France et les Pays-Bas lors de l'application du *Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention du 3 décembre 1976 relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures*². Ce *Protocole*, prévu pour la période allant de 1991 à 1998, a notamment permis aux différents riverains du Rhin de financer régulièrement les mesures à prendre par la France (stockage à terre) pour éviter qu'elle ne rejette des chlorures au-delà d'un certain seuil dans le fleuve. Ce litige surgit en 1999, au moment de l'apurement des comptes, c'est-à-dire lors du solde définitif de ceux-ci. La France a stocké moins que prévu et elle doit restituer les sommes perçues en trop et versées par les États parties à cette convention. Une divergence d'interprétation du *Protocole* sur les modalités de calcul à retenir pour déterminer le montant de la restitution conduit l'affaire devant l'arbitrage. L'interprétation selon les moyens de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*³ mettra en exergue les articles 31 et 32, considérés comme étant complémentaires par le Tribunal arbitral. Il ressortira de la sentence que les parties ont imaginé un système dominé par des considérations financières, dans lequel les fluctuations du débit du Rhin n'ont pas été suffisamment prises en compte, et ce, de façon délibérée. La règle « *pacta sunt servanda* » trouve ainsi une illustration dans cette affaire où la France est tenue par les termes du *Protocole* qu'elle a négocié avec les autres parties et auquel elle a adhéré. Le *Protocole* est certes imparfait dans sa conception, puisque les circonstances de son application ne correspondront pas aux prévisions faites, surtout dans le cas de la France, mais il demeure la loi des parties. La France devra donc restituer les sommes conformément au coût stipulé dans le *Protocole* sans que l'on puisse considérer explicitement cette solution comme étant déraisonnable.

The March 12th, 2004 arbitral award resolved a divergence that arose between France and the Netherlands concerning the interpretation of the *Additional Protocol of September 25, 1991 to the Convention of December 3, 1976 on the Protection of the Rhine against Pollution by Chlorides*. This *Protocol*, covering the period from 1991 to 1998, allowed different waterside residents of the Rhine to finance, on a regular basis, measures to be taken by France (soil storage) in order to counteract any dumping of chlorides above a certain concentration limit in the river. This litigation arose in 1999, at the time the accounts were being settled, i.e. when the final balances were determined. France had stored less than was anticipated, and had to refund the amounts that were overpaid from the States who were party to this *Convention*. The said divergence with respect to the interpretation of the *Protocol* in terms of the methods of determining the amount of restitution subsequently led to arbitration. An interpretation, taken in light of the *Vienna*

* Maître de conférences à l'Université de Nice Sophia Antipolis, Institut du droit de la paix et du développement.

¹ *Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976* (2004), en ligne : Cour permanente d'arbitrage <<http://www.pca-cpa.org/ENGLISH/RPC/PBF/Sentence%20I.pdf>> (Arbitres : Krzysztof Skubiszewski, président, Gilbert Guillaume, France, Pieter. H. Kooijmans, Pays-Bas) [*Sentence arbitrale du 12 mars 2004*].

² *Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures*, 25 septembre 1991, 1840 R.T.N.U. (entrée en vigueur : 1^{er} novembre 1994) [*Protocole*].

³ *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980) [*Convention de Vienne*].

Convention on the Law of Treaties, brings to the forefront articles 31 and 32, considered by the arbitral tribunal to be complementary. It appears obvious, when reading the award, that the parties apparently envisaged a system which was predominated by financial considerations, in which the fluctuation of the Rhine river's output (flow) was not adequately taken into consideration, seemingly in a deliberate fashion. The « *pacta sunt servanda* » rule is thus illustrated in this matter, where France is held to the terms of the *Protocol* which it negotiated with the other concerned parties and a pact to which it adhered. The *Protocol* was certainly imperfect with respect to its conception, since the circumstances of its application do not correspond with projections, especially in the case of France ; yet it remains the law binding these parties. France will thus have to refund the amounts in conformity to the *Protocol* without question.

Introduction

Le contexte général de cette affaire est lié au problème de la pollution du Rhin, lequel est à la source de conflits enrichissant le contentieux interne, mais aussi le contentieux international. Pourtant, des solutions à cette pollution ont été recherchées, notamment dans un cadre interétatique, avec la *Convention du 29 avril 1963 instituant la Commission internationale pour la protection du Rhin*⁴. Parmi les principaux pollueurs du fleuve, les mines de potasse d'Alsace (MDPA) ont été particulièrement actives en rejetant dans le Rhin de nombreuses tonnes de chlorure de sodium par jour, faute de débouchés économiques pour ces résidus salins⁵. Fort logiquement, ces rejets causent un préjudice aux riverains en aval puisque pour les Pays-Bas, le Rhin est la principale source d'eau douce. C'est une mobilisation des quatre pays riverains⁶ qui permettra d'aboutir à la signature, à Bonn, le 3 décembre 1976, de la *Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures*⁷.

Cette dernière *Convention* instaure un mécanisme de gestion solidaire de la pollution. Les pays riverains étant bien conscients que les sources de pollution sont multiples et que chacun est lui-même pollueur⁸. Un des principes affirmé par cette

⁴ *Convention du 29 avril 1963 instituant la Commission internationale pour la protection du Rhin*, 29 avril 1963, 994 R.T.N.U. (entrée en vigueur : 1^{er} mai 1965). Celle-ci est considérée comme la « première manifestation de la volonté des États riverains de lutter contre cette pollution », dans Marc Dandelot, « Le droit international et les pollutions transfrontières : conclusions sur Conseil d'État (Section), 18 avril 1986, Mines de potasse d'Alsace » [1987] n° 1 R.J.E.5.

⁵ Les MDPA produisaient du chlorure de potassium. Le minerai de potassium subit un traitement chimique qui permet de séparer le chlorure de sodium du chlorure de potassium. Si ce dernier satisfait certains besoins de l'agriculture française, le second est un résidu encombrant. Jusqu'en 1933, les MDPA auraient stocké ces déchets de sels. Voir Jean-Didier Raymond, « Les aspects de droit interne : chronique de Conseil d'État, 18 avril 1986, Mines de potasse d'Alsace » [1986] n° 2/3 R.J.E. 300. Mais depuis, le Rhin a été le déversoir naturel de cette activité.

⁶ Confédération Helvétique, République fédérale d'Allemagne, République Française, Royaume des Pays-Bas.

⁷ *Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures*, 3 décembre 1976, 1124 R.T.N.U. (entrée en vigueur : 1^{er} février 1979). Des difficultés de ratification par le Parlement français, relayant des oppositions des élus alsaciens et des populations locales, conduiront à une entrée en vigueur assez tardive de ce dispositif conventionnel, le 5 juillet 1985.

⁸ Un des documents complémentaires au *Protocole* de 1991 à la *Convention* de 1976, sur lequel le Tribunal arbitral se basera pour réaliser son interprétation, indique qu'« après étude de l'ensemble des possibilités de réduction des rejets de chlorures sur tout le cours du Rhin, le principe d'une réduction à réaliser aux seules Mines de Potasse française, pour le compte de l'ensemble des pollueurs a été retenu, en raison de son meilleur rapport coût efficacité », dans *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra*

Convention est que la France doit réduire les rejets de chlorure des MPDA. Le 25 septembre 1991, les parties à la *Convention* ont signé, à Bruxelles, le *Protocole additionnel*, qui prévoit diverses mesures⁹ venant modifier, notamment, les obligations de la France. Dans ce but collectif et solidaire d'améliorer la qualité de l'eau, la France, outre la réduction de rejets, se devait de stocker provisoirement sur son sol des chlorures, dès que la concentration en sels à la frontière germano-néerlandaise dépassait une certaine quantité jugée critique (200mg /l). Ce dispositif a pu fonctionner, moyennant un montage financier, alimenté par des avances faites par les États parties, pour permettre à la France de procéder à des stockages pour la période 1991-1998. Chacune des parties participait selon une certaine clef de répartition à ce financement (30% par l'Allemagne, 30% par la France, 34% par les Pays-Bas et 6% par la Suisse). Dans une logique économique de seuil qui anime souvent les politiques de protection de l'environnement, les États avaient convenu, concernant les mesures à prendre en France, d'un montant maximal de 400 millions de francs français pour l'ensemble de la période précitée 1991-1998. La démarche collective des parties était d'anticiper sur une hydraulicité faible du Rhin, en aidant la France à procéder à ces stockages pour éviter des rejets disproportionnés dans le fleuve au regard de son niveau. Au-delà de ce plafond de 400 millions de francs français, la France n'était plus tenue à ses obligations de stockage. La protection de l'environnement a des limites qui, en l'occurrence, n'ont pas été atteintes. En effet, pendant la période 1991-1998, l'hydraulicité très satisfaisante du Rhin a amené l'État français à stocker bien moins que prévu.

La cause du litige opposant les Pays-Bas à la France s'explique par ce régime hydraulique du Rhin, hors des prévisions retenues par les parties. Les Pays-Bas, comme en général les autres États, ont régulièrement financé le système, selon les dispositions du *Protocole additionnel*. La France, quant à elle, n'a pas eu besoin de stocker autant qu'imaginé par l'accord. Ainsi, y a-t-il eu un trop-perçu par la France, qui se doit de le restituer, ce qu'elle ne conteste pas. Par contre, le différend qui s'est élevé entre la France et les Pays-Bas porte sur le montant à restituer, et donc sur les modalités de calcul à retenir.

La question qui oppose les deux parties aura certes des dimensions théoriques que le Tribunal arbitral mettra en valeur. Mais plus concrètement, les divergences sur le règlement (l'apurement) définitif des comptes, qui aurait dû d'ailleurs intervenir fin 1998, font état de prétentions qui vont quasiment du simple au double. Les Pays-Bas réclament à la France la somme de 102,33 millions de francs français (intérêts non compris). Ils estiment qu'il faut appliquer la méthode du forfait prévu par le *Protocole* pour déterminer le coût des mesures. La France propose, d'après son interprétation du *Protocole*, une méthode complémentaire de calcul, faisant appel aux frais réels : selon cette modalité, elle estime ne devoir rembourser

note 1 à la p. 39 au para. 96. Il s'agit donc d'un intérêt bien compris d'une communauté de pollueurs et en aucun cas d'une quelconque responsabilité de la France à l'égard des autres riverains du fait de l'activité des MDPA.

⁹ Le *Protocole* avait également prévu des mesures à mettre en œuvre aux Pays-Bas, dans un des polders pour réduire les charges en chlorures dans les eaux de l'IJsselmeer, par rejet dans la mer des Wadden des eaux d'infiltration déversées jusqu'alors dans l'IJsselmeer.

que 55 793 779 francs français (intérêts non compris également). C'est ainsi un problème d'interprétation de certaines dispositions du *Protocole* et de ses annexes dont se trouve saisi le Tribunal arbitral¹⁰, puisque selon la lecture néerlandaise ou française du *Protocole*, les parties arrivent à des résultats différents. La France et les Pays-Bas¹¹ n'en sont pas à leur première opposition occasionnée par les rejets des MDPA.

L'affaire des chlorures devant la Cour permanente d'arbitrage n'est qu'un nouvel épisode juridique en ce qui a trait au Rhin. En droit interne français¹², les problèmes de la pollution du Rhin ont déjà donné lieu à des procès entre les Pays-Bas et la France. La sentence arbitrale du 12 mars 2004 intervient donc dans un environnement juridique déjà chargé, bien connu de l'arbitre français. On ne peut oublier que Gilbert Guillaume, juge à la Cour internationale de Justice, désigné comme arbitre par la partie française dans le cas d'espèce, a été membre du Conseil d'État. Le contentieux du juge administratif s'est nourri de la polémique liée à cette pollution, mais dans la perspective spécifique de la légalité et de la responsabilité administratives. Le Conseil d'État n'a pas eu une jurisprudence très clémente pour les Pays-Bas, contrairement au Tribunal administratif.

Par un jugement remarqué du 27 juillet 1983¹³, le Tribunal administratif annule des arrêtés d'autorisation de rejets par les MDPA dans les eaux du Rhin en se basant, notamment, sur le fait que l'administration française avait délivré ces autorisations sans rechercher les effets qu'elles auraient à l'étranger. Dans une vision résolument moniste du droit, le Tribunal a considéré que l'obligation de tenir compte des pollutions transfrontières résultait de l'application d'un principe de droit international, dont le respect s'imposait aux autorités administratives françaises en vertu de la Constitution. Plus tard, le commissaire du gouvernement Dandelot, dans ses conclusions sur l'arrêt du 18 avril 1986 du Conseil d'État, statuant sur l'appel formé contre le jugement en question du Tribunal administratif de Strasbourg,

¹⁰ L'arbitrage avait été prévu par les parties par la *Convention de Bonn* et par son *Protocole additionnel. Convention relative à la protection des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage*, 23 juin 1979, en ligne : <<http://www.planetecologie.org/ENCYCLOPEDIE/Droit/3CONVENT/5BONN/0bonn.htm>> (entrée en vigueur : 1^{er} novembre 1983).

¹¹ Il faut aussi garder en mémoire que l'affaire soulevée devant le Tribunal arbitral n'est pas purement bilatérale; des prolongements avec l'Allemagne et la Suisse sont à attendre, d'où l'intérêt que peut revêtir cette sentence.

¹² Notons « qu'un contentieux direct entre les horticulteurs néerlandais et les mines de potasse d'Alsace [...] a fait l'objet d'un premier jugement au fond par le tribunal de Rotterdam dont la compétence avait été reconnue par la Cour de Justice des Communautés européennes en interprétation de la Convention européenne du 27 septembre 1978 ». Dandelot, *supra* note 4 à la p. 6.

¹³ Trib. adm. Strasbourg, *Province de la Hollande c. Ministre de l'environnement*, [1983] n°4 R.J.E. à la p. 346. Le Tribunal administratif de Strasbourg a tout d'abord admis la recevabilité de la requête de collectivités étrangères (la province de la Hollande septentrionale et de la ville d'Amsterdam) et d'organismes étrangers gérant le service public de l'eau en Hollande, visant à contester, par la voie de l'excès de pouvoir, la légalité d'arrêtés préfectoraux qui autorisaient les mines de potasse d'Alsace à utiliser les ouvrages de rejets dans le Rhin et le grand canal d'Alsace pour l'évacuation de divers résidus liquides provenant de leurs installations industrielles. Le Conseil d'État, en appel de ce jugement, admettra également cette recevabilité : Cons. d'État (Section), 18 avril 1986, *Société les mines de potasse d'Alsace c. province de la Hollande septentrionale et autres*, [1987] n° 1 R.J.E à la p. 297.

concèdera que le Tribunal a rendu un jugement novateur « en faisant ainsi pour la première fois de la méconnaissance d'un principe de droit international une cause de l'excès de pouvoir, [mais qu']il n'a nullement innové en admettant l'existence du principe en question »¹⁴. Tout en reconnaissant l'existence en droit international du principe coutumier d'utilisation non dommageable du territoire, affirmé dans l'affaire du *Détroit de Corfou*¹⁵ par la Cour internationale de Justice (reconnu également dans la sentence arbitrale de l'affaire de la *Fonderie du Trail*¹⁶), et ses prolongements, en tant que principe du droit international de l'environnement, le commissaire Dandelot développera néanmoins une analyse restrictive et contraire au jugement de première instance. Cette analyse conduira la doctrine du droit international de l'environnement¹⁷ à répliquer avec force à cette conclusion du Commissaire : « l'administration ne tenait d'aucune source du droit international une obligation de prendre en compte la pollution transfrontière »¹⁸. Le contexte général de la pollution du Rhin par les MDPA est donc relativement conflictuel¹⁹, malgré une approche volontaire de la résolution du problème de la pollution du Rhin, déjà ancienne²⁰ et qui trouve encore des rebondissements nouveaux²¹.

¹⁴ Dandelot, *supra* note 4 à la p. 16.

¹⁵ *Affaire du Détroit de Corfou*, [1949] C.I.J. rec. 4 à la p. 22.

¹⁶ *Fonderie de Trail (États-Unis c. Canada)* (1941), 3 R.S.A. 1905 à la p. 1907.

¹⁷ Voir le commentaire d'arrêt de Charles-Alexandre Kiss, « Les aspects de droit international : chronique de l'arrêt du Conseil d'État (Section), 18 avril 1986, *Société les mines de potasse d'Alsace c. province de la Hollande septentrionale et autres* » [1986] n° 2/3 R.J.E. à la p. 307 : « [à] la lecture d'un certain nombre d'arrêts du Conseil d'État, on a nettement l'impression que la Haute juridiction n'est pas à l'aise avec le droit de l'environnement. Par ailleurs, elle ne l'est pas non plus avec le droit international public. La convergence de ces deux aversions donne un résultat plutôt alarmant : l'arrêt du 18 avril 1986 [...] ». Par ailleurs, pour le Professeur Kiss, en conclusion de son commentaire : « il est de principe qu'aucun État ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la violation d'une règle internationale. La règle a été formulée avec précision par l'article 27 de la *Convention de Vienne de 1969* pour ce qui concerne les traités, mais sa portée couvre tout le droit international », *Ibid.* à la p. 309.

¹⁸ Dandelot, *supra* note 4 à la p. 19.

¹⁹ Pour un jugement plus récent du Tribunal administratif de Strasbourg, retenant la responsabilité pour faute de l'État, le condamnant à payer près de 24 millions de francs aux victimes, voir Trib.admin Strasbourg, 11 avril 2000, *Société NV PNW et ville d'Amsterdam c. Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement*, dans [2000] n° 3 R.J.E.

²⁰ Pensons à la *Convention de Lucerne*, signée le 18 mai 1887 et dont les parties étaient la Suisse, le Bade et l'Alsace-Lorraine. L'art. 10 de cette convention relative à la pêche interdit les rejets de déchets industriels ou d'autres substances dans le Rhin et ses affluents, lorsque ces déchets risquent de porter un préjudice aux réserves de poissons.

²¹ Telle la nouvelle convention pour la protection du Rhin, signée à Berne le 12 avril 1999 et ratifiée par la France par la loi du 19 juillet 2002. Cette convention se substitue à la *Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures* de 1976 et à la *Convention instaurant la Commission internationale pour la protection du Rhin* de 1963, mais demeure la *Convention du 12 avril 1999 pour la protection du Rhin relative aux chlorures*, 12 avril 1999, en ligne : Réseau international des organismes de bassin <<http://www.riob.org/forum/conventi.htm>> (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 2003).

A. **Insatisfaction de la partie française**

L'arbitrage à l'initiative des Pays-Bas amène une solution peu satisfaisante pour la France. En effet, la sentence accueille certains des arguments de la France qu'elle considérait comme essentiels pour la solution du différend, et lui accorde ainsi sur le principe parfois raison. Néanmoins, sur le plan matériel, le montant de la restitution sera très élevé, et correspondra plutôt aux attentes des Pays-Bas. La déclaration de Gilbert Guillaume sera révélatrice :

Cette situation me paraît tout à fait regrettable dans la mesure où elle a conduit le Tribunal à retenir une solution déraisonnable qui aurait dû être revue au regard des circonstances nouvelles grâce à une négociation de bonne foi entre les Parties. On eut pu espérer que, dans des relations entre deux pays voisins et amis, une telle négociation aurait été possible. On ne peut que regretter qu'elle n'ait pas eu lieu et souhaiter que les problèmes qui demeurent pendents entre les Parties et ceux qui pourraient surgir entre la France d'une part, l'Allemagne et le Suisse d'autre part, trouvent par ce processus une solution raisonnable²².

Cette déclaration, incontestablement critique, conduira peut-être dans l'avenir à des prolongements différents de cette affaire avec les autres riverains du Rhin.

B. **Recours aux modalités traditionnelles de l'interprétation permettant un éclairage sur l'article 32 de la *Convention de Vienne***

Cette sentence arbitrale est une réponse à une question classique d'interprétation, exercice avec lequel les tribunaux et les arbitres sont familiers, la Cour internationale de Justice ayant dans ce domaine bien balisé le terrain. Certes, comme l'a précédemment rappelé le Tribunal²³, le droit international ne « consacre aucun système absolu et rigide d'interprétation »²⁴, il se ménage ainsi une certaine liberté dans sa mission. Néanmoins, la sentence arbitrale du 12 mars 2004 interprétera le *Protocole* selon des modalités très traditionnelles, conformément au droit international, d'après les articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne*, auquel il reconnaîtra, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et d'autres tribunaux, le caractère coutumier²⁵.

C. **Une analyse contestable du principe du pollueur-payeur**

Cette sentence du 12 mars 2004 révèle une certaine originalité, en considérant que le principe du pollueur-payeur ne fait pas partie du droit international général. Les Pays-Bas évoquaient ce principe dans leur argumentation, mais le

²² *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra* note 1 à la p. 62.

²³ Voir *Affaire de l'utilisation des eaux du Lac Lanoux (France c. Espagne)*, (1957) 12 R.S.A. 281 [*Lac Lanoux*].

²⁴ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra* note 1 au para. 64.

²⁵ *Ibid.* aux paras 59-61.

Tribunal précisera qu'il ne s'agit pas là d'une règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les deux États en conflit. En effet, le *Protocole* instaure une solidarité entre les riverains et non pas un mécanisme de responsabilité. Mais, si la règle n'était pas pertinente en l'espèce, on peut regretter cependant que le Tribunal aille à contre-courant du droit de l'environnement qui consacre ce principe à différentes échelles.

D. Une sentence aux formules étonnantes

Le Tribunal arbitral aura des formules troublantes que le juge français des contrats administratifs aurait pu employer en faisant valoir la théorie de l'imprévision (si on se permet de transposer intellectuellement l'affaire dans le droit interne public)²⁶. Le Tribunal arbitral considère en effet, quasiment à la clôture de son raisonnement pour la solution du différend que

[...] au total, les Parties au cours de cette négociation ont paru préoccupées avant tout d'éviter que du fait d'une hydraulicité réduite du Rhin, les quantités à stocker et les dépenses à effectuer dépassent leurs prévisions. Elles n'ont à aucun moment imaginé qu'une hydraulicité plus favorable conduirait à des stockages si réduits que leurs prévisions de coût en soient bouleversées²⁷.

Dans sa déclaration, l'arbitre français pose ainsi « la question de savoir si on ne se trouve pas face à un changement fondamental de circonstances de nature à permettre au Tribunal de faire jouer d'office la clause '*rebus sic stantibus*' »²⁸. Malgré ceci, l'interprétation du Tribunal, tout en jetant le trouble par l'affirmation que les parties n'avaient pas imaginé le scénario auquel elles se sont trouvées confrontées, conclura à une restitution de sommes par la France proche des revendications des Pays-Bas.

La sentence du Tribunal met donc en évidence l'imperfection du mécanisme conventionnel qu'il a à interpréter (I). Les parties n'ont envisagé dans le *Protocole* que certains scénarios pour le financement des mesures antipollution par les chlorures et elles sont liées par le contenu de cet instrument. L'interprétation se fondera sur les articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne*, mais c'est le *Protocole* qui donnera toute sa densité à la sentence (II), quant aux motivations du recours à cet article et à son influence sur la solution du différend.

²⁶ Cons. d'État, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Rec. Lebon à la p. 125 [*Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*].

²⁷ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004*, *supra* note 1 au para. 129.

²⁸ *Ibid.* à la p. 72. Certes, la clause « *rebus sic stantibus* » n'avait pas été soulevée par les Parties.

I. L'interprétation d'un mécanisme conventionnel imparfait

Philosophie du Protocole et implications

Les parties au *Protocole* de 1991 ont convenu, à travers ce texte additionnel, de financer les mesures de protection contre la pollution du Rhin en vue de sauvegarder la qualité de ses eaux douces, jusqu'à proportion d'un coût raisonnable ou supportable par chacune des parties. Un montage financier a ainsi été conçu et un prix de stockage et de déstockage a été déterminé, en se basant sur certaines prévisions. En effet, « il était impossible d'anticiper les quantités de chlorures devant être stockées chaque année »²⁹ par les mines de potasse d'Alsace, comme le note le Tribunal de façon significative. Ce *Protocole* est fondé sur une solidarité de fait écologique des quatre pays concernés, lesquels appartiennent tous au même bassin fluvial. Le *Protocole* formalise donc une solidarité chiffrée entre utilisateurs du Rhin, d'où l'impossibilité d'admettre dans ce cas une quelconque responsabilité financière des MDPA sur le fondement du principe du pollueur-payeur. Le *Protocole* repose sur des stockages prévisionnels et ainsi, divers scénarios ont-ils été imaginés : les parties ont donc délibérément fait un certain choix. Mais ce choix, précisément, ne sera pas le bon. En outre, si le mécanisme imaginé par le *Protocole* était bien « nécessaire »³⁰, il reste imparfait puisque basé uniquement sur une certaine fourchette de prévisions, allant d'une hydraulicité moyenne à faible du Rhin. Les prévisions financières seront ainsi bouleversées, puisque l'optique des parties était de prévenir le coût de la pollution du Rhin par les chlorures en cas de sécheresse, et de ne pas avoir des dépenses inconsidérées.

Les États avaient envisagé les points litigieux liés au financement qui risquaient de survenir entre eux. Imaginer une hydraulicité favorable du Rhin n'était nullement impossible pour les parties. À cet égard, les parties ont prévu qu'en cas de trop-perçu, une restitution devait se faire, d'où l'inadaptation de la clause « *rebus sic stantibus* », clause qui, rappelons-le, n'a pas été soulevée par les parties, mais largement évoquée par l'arbitre Gilbert Guillaume dans sa déclaration. Ainsi, le Tribunal ne retiendra pas la piste du bouleversement du contrat (B). Par contre, les États parties n'avaient pas vraiment pensé qu'il aurait pu y avoir un différend en cas de régime normal des eaux du Rhin! En ce sens, ce mécanisme conventionnel est imparfait : des considérations économiques et financières ont pesé trop lourdement sur le *Protocole* (A).

A. Un protocole pour la protection du Rhin dominé par une logique économique-financière

Les tonnes de sels rejetées dans le Rhin par les mines de potasse d'Alsace « rendent extrêmement coûteuse la production de l'eau potable et ajoutent à la

²⁹ *Ibid.* à la p. 72. On peut lire cette formule dans le premier paragraphe du chapitre V intitulé « La solution du différend ».

³⁰ *Ibid.* au para. 80. Formule employée par le Tribunal arbitral au chapitre V intitulé « La solution du différend ».

difficulté de lutter en permanence contre les infiltrations de sel marin dans les polders hollandais »³¹. La *Convention de 1976 sur la pollution du Rhin contre les chlorures* a été un moyen pour les riverains du Rhin, mais peut-être plus spécialement pour la France et les Pays-Bas, de mettre en place une coopération multilatérale pacificatrice. Le *Protocole* est un prolongement de cette coopération, basée sur une solidarité des États riverains, de façon à éviter des recours en responsabilité des États en aval, à l'encontre des pays en amont. Le principe du pollueur-payeur est ainsi inopérant dans ce cadre multilatéral (2).

Mais ce *Protocole* est aussi une formalisation des considérations économiques et financières qui animent ces États, notamment les deux parties à cette affaire. Les Pays-Bas sont confrontés au coût de la désalinisation de leur ressource en eau douce et ne veulent plus supporter un prix prohibitif. La France est productrice de potasse grâce à l'activité de ses mines domaniales, source d'emplois dans cette région. La solution de compromis est de permettre aux MDPA la poursuite de leur activité, tout en réduisant les nuisances qu'elles occasionnent aux pays en aval, d'où la solution du stockage et déstockage du sel résiduaire³² pour les MDPA, ainsi que d'un coût fixé pour ces opérations de stockage et déstockage, par un prix à la tonne et un plafond global de 400 millions de francs français pour la période à couvrir, c'est-à-dire de 1991 à 1998. Au-delà, la France n'est plus tenue de stocker, puisque le coût dépasse alors les prévisions de l'accord. La logique du *Protocole* est donc essentiellement économique et financière, et permet de concilier les objectifs et intérêts des riverains du Rhin, ainsi solidaires en vertu du préfinancement organisé annuellement. Les considérations environnementales n'ont pas été déterminantes (1).

1. LA FAIBLE INFLUENCE DE L'ALÉA ENVIRONNEMENTAL DANS LE MONTAGE FINANCIER RETENU.

Le Tribunal interprétera, notamment à la lueur des moyens complémentaires, le *Protocole* comme étant peu empreint de considérations environnementales dans le cadre de la détermination de ses éléments financiers. Il ressort de ses analyses que les prix ont été fixés sans une nette influence de l'aléa environnemental. En effet, l'étude du Tribunal le conduit à « constater que les variations des coûts de fonctionnement résultant des variations envisagées du débit du Rhin étaient minimales »³³. La fourchette retenue des débits de l'eau n'a donc pas été décisive sur le coût du stockage de la tonne de sel³⁴.

³¹ Dandelot, *supra* note 4 à la p. 77.

³² Stockage à terre des chlorures dès que la concentration en sels à la frontière germano-néerlandaise dépasse 200mg/l.

³³ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra* note 1 au para. 112.

³⁴ *Ibid.* Les Parties ont examiné un certain nombre de scénarios de stockage du sel en fonction de l'hydraulicité du Rhin et la quantité de sel à stocker va, selon les scénarios, de 2,9 à 6,9 millions de tonnes. Les dépenses oscillent entre 223 et 467 millions de francs. Sur ces bases, le Tribunal a calculé le coût par tonne de sel des dépenses de fonctionnement et il ressort que le coût par tonne varie entre 60,6 francs français et 63,1 francs français la tonne.

Par ailleurs, le Tribunal avancera la conclusion que le prix du stockage à la tonne, déterminé d'un commun accord par les parties dans le *Protocole* sur la base d'un scénario « moyen » du débit du fleuve, a été fixé indépendamment de la quantité à stocker. Le Tribunal relève donc que « plutôt que de faire varier ce coût en fonction de l'hydraulicité du Rhin et des quantités à stocker, le document [...] a préféré retenir pour le calcul des coûts une hypothèse moyenne »³⁵.

Ainsi les Parties [...] ont estimé que compte tenu des prévisions qu'elles avaient opérées en ce qui concerne l'hydraulicité du Rhin, il n'y avait pas lieu pour la détermination du coût à la tonne de tenir compte des variations qui pourraient intervenir en ce qui concerne les quantités à stocker. Elles ont dans le cadre de ces prévisions retenu ce chiffre de 61,5 francs la tonne comme un chiffre forfaitaire indépendant de ces quantités³⁶.

En conséquence, l'argument de la France, selon lequel le coût réel du stockage et du déstockage est beaucoup plus élevé que 61,5 francs français par tonne en raison de la faible quantité de chlorure stockée et déstockée en pratique manque de consistance. De plus, le Tribunal reconnaît que ce prix a été déterminé en y incorporant à la fois des coûts fixes et des coûts variables³⁷. La distinction qu'opérait la France entre, d'une part, un coût de fonctionnement du *Protocole* sur des bases forfaitaires et, d'autre part, l'apurement définitif sur la base des dépenses effectives, n'a donc pas été retenue.

Certes, les scénarios soulevés quant à l'hydraulicité du Rhin ne correspondaient pas à la réalité. La quantité effectivement stockée sera de 960 119 tonnes, en comparaison à la prévision de 4,5 millions de tonnes. Néanmoins, le Tribunal a relevé que les parties semblaient préoccupées, avant tout, à éviter que, du fait d'une hydraulicité réduite, les dépenses à effectuer dépassent leurs prévisions. À cet égard, le Tribunal a reconnu qu'« elles n'ont à aucun moment imaginé qu'une hydraulicité plus favorable conduirait à des stockages si réduits que leurs prévisions de coût en soient bouleversées »³⁸. Mais, rien n'empêchait d'imaginer un scénario correspondant à des conditions normales et d'évaluer un prix en conséquence. L'ensemble des aléas environnementaux n'ont pas été pris en compte dans ce montage financier, en vertu duquel les pays voisins de la France et riverains du Rhin voulaient supporter le coût d'une moindre pollution par stockage des chlorures dans une limite qu'ils fixaient à l'avance sans connaître précisément la quantité à stocker : « *pacta sunt servanda* » pour les quatre pays réunis dans ce *Protocole*. La particularité de ce dernier a été de créer une solidarité financière entre ces États reposant sur une solidarité écologique en tant que riverains de la même ressource et richesse économique. Dans cette optique, le Tribunal refuse d'appliquer au différend le principe du pollueur-payeur.

³⁵ *Ibid.* au para. 114.

³⁶ *Ibid.* au para. 129.

³⁷ *Ibid.* au para. 111.

³⁸ *Ibid.* au para. 129.

2. LE REJET DU PRINCIPE DU POLLUEUR-PAYEUR³⁹

Les Pays-Bas ont fait référence, à l'appui de leur demande de restitution du trop-perçu par la France, au principe du pollueur-payeur. Ce principe part de l'idée qu'il faut faire supporter par le pollueur le coût de la dépollution. Ainsi, le pollueur est-il obligé d'internaliser les coûts externes de son activité selon, précisément, la théorie des externalités. Dans une optique pro-environnementale, ceci amène logiquement le pollueur à réduire les pollutions qu'il occasionne en trouvant des procédés plus propres. Ce principe énoncé, d'abord dans une recommandation de l'OCDE⁴⁰, puis par les Communautés européennes, s'est trouvé, depuis l'acte unique européen, inscrit dans le droit communautaire de l'environnement et reconnu d'opposabilité directe⁴¹. La politique de la Communauté européenne dans le *Traité de Maastricht*⁴² reste toujours fondée sur ce principe, au regard de l'article 174-2. Mais de manière significative, l'Union européenne a encore récemment marqué son attachement à ce principe dans sa *Directive sur la responsabilité environnementale*⁴³, en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux. L'article 1^{er} de la *Directive* énonce qu'elle « a pour objet d'établir un cadre de responsabilité fondé sur le principe du pollueur-payeur en vue de prévenir et de réparer les dommages environnementaux »⁴⁴.

Actuellement, en France, le principe du pollueur-payeur est un principe général du droit de l'environnement qui se trouve notamment inscrit à l'article L.110-1 du *Code de l'environnement*⁴⁵, selon lequel « les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci sont supportés par le pollueur ». Comme l'a noté la doctrine, « ce texte ne fait pas référence à la réparation au-delà de la lutte contre la pollution et ne traite pas de l'indemnisation éventuelle ; il est inspiré des travaux effectués à l'OCDE en 1972 »⁴⁶. Ainsi, la France a encore une vision restrictive ou passéiste du principe, puisque, depuis 1991, l'OCDE a exprimé une conception plus large permettant de faire jouer au principe du pollueur-payeur une utilité réparatrice pour les dommages occasionnés⁴⁷. Cependant, le principe du

³⁹ Voir Brigitte Ollive, *Le principe pollueur-payeur : un état du droit positif*, thèse de doctorat en droit, Université de Nice Sophia-Antipolis, 1998.

⁴⁰ OCDE, *Recommandation du Conseil sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international*, C(72)128 (1972).

⁴¹ Michel Prieur, *Droit de l'environnement*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1991 à la p. 124.

⁴² *Traité sur l'Union européenne (Maastricht)*, 7 février 1992, 1755 R.T.N.U. 3, en ligne : l'Union européenne <http://europa.eu.int/abc/treaties_fr.htm> [*Traité de Maastricht*].

⁴³ CE, *Directive 2004/35/CE adoptée le 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux*, [2004] J.O.L. 143/56.

⁴⁴ *Ibid.* à l'art. 1.

⁴⁵ *Code de l'environnement*, Art. L.110-1, en ligne : <http://lexinter.net/Environnement/code_de_l'environnement.htm>.

⁴⁶ Henry Smets, « Le principe du pollueur-payeur dans le rapport de la commission Coppens » [2003] n° spécial R.J.E. 71 à la p. 71.

⁴⁷ OCDE, *Recommandation de l'OCDE relative à l'utilisation des instruments économiques dans la politique de l'environnement*, C(90)117(Final) (1991) : « une gestion durable et économiquement efficace des ressources d'environnement requiert l'internalisation des coûts de prévention et de lutte contre la pollution ainsi que les coûts des dommages ».

pollueur-payeur a le soutien d'au moins une partie de la classe politique française⁴⁸ et le projet de loi constitutionnelle sur la *Charte environnementale* place bien celui-ci à titre de règle fondamentale du droit à réparation, quand bien même des doutes sur la portée du principe tel que formalisé se sont élevés⁴⁹.

Le Tribunal administratif de Strasbourg, dans son jugement du 11 avril 2000⁵⁰, a reconnu la responsabilité de la faute de l'État pour les rejets préjudiciables de sels par les mines de potasse d'Alsace dans le Rhin. On peut estimer qu'il s'agit, dans une certaine mesure, d'une application implicite du pollueur-payeur dans ce litige qui confronte, une fois de plus, les MDPA et les Pays-Bas à travers la ville d'Amsterdam et la société qui gère le service de l'eau dans la province de la Hollande septentrionale.

Les requérants ont demandé à l'État français réparation du préjudice qu'ils estimaient avoir subi durant les années 1976 à 1987, pour les surcoûts d'exploitation des réseaux d'eau potable qu'ils avaient en charge dus à la salinité excessive de l'eau puisée dans le Rhin et qu'ils attribuaient pour partie, preuve à l'appui, aux MDPA. Ils estimaient l'État français responsable pour faute, car n'ayant pas, dans un premier temps, réglementé les rejets des mines de potasse au titre de la police de l'eau (loi du 16 décembre 1964) et, dans un second temps, réglementé de manière suffisante lesdits rejets. Le Tribunal administratif admet que l'État a commis une faute dans l'exercice de son pouvoir de police. En relevant que la recevabilité des requérants « est indépendante de la possibilité dont disposerait ou non l'État d'exercer une action récursoire contre l'exploitant »⁵¹, le Tribunal reconnaît une responsabilité solidaire de l'État avec la société des MDPA, mines qui du reste étaient domaniales. Le pollueur, dans cette optique, est autant l'État qui laisse faire « aveuglément » l'activité que les mines de potasse du fait de leur exploitation du minerai qu'elles traitent. Sans recourir au principe du pollueur-payeur, le Tribunal administratif en consacre néanmoins une

⁴⁸ *Ibid.* Le discours du président de la République française le 3 mai 2001 à Orléans : « Je souhaite que cet engagement solennel soit inscrit par le Parlement dans une Charte de l'environnement adossée à la Constitution et qui consacrerait les principes fondamentaux, cinq principes fondamentaux, afin qu'ils soient admis au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République [...]. D'abord, premier principe, le principe de responsabilité. Dans la limite des exigences de la solidarité, chacun, y compris l'État, doit en répondre, selon la règle du pollueur-payeur ». De même, citons la proposition de résolution de la délégation pour l'Union européenne présentée au Sénat en vertu de l'art. 88.4 de la *Constitution française* à l'occasion de l'examen de la proposition de la directive E 1966 relative à la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux. Elle considère notamment que « l'application du principe du pollueur-payeur tel qu'il est inscrit dans le Traité, doit être aussi rigoureuse que possible ». Voir Annexe au procès-verbal de la séance du 7 novembre 2002, en ligne : Sénat français <<http://www.senat.fr/leg/ppr02-056.html>>. Voir toutefois Smets, *supra* note 46 à la p. 72, à propos des deux conceptions différentes du principe du pollueur-payeur dans le rapport de la commission Coppens.

⁴⁹ Smets, *supra* note 46 aux pp. 75-76. Critiques formulées à la lecture de l'art. 4 de la *Charte environnementale* : « Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement dans les conditions définies par la loi ».

⁵⁰ Trib. admin. Strasbourg, 11 avril 2000, *Société NV PWN, Waterleidingbedrijf Noord-Holland, ville d'Amsterdam c. Ministre de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement*, dans [2000] n° 3 R.J.E.

⁵¹ *Ibid.* au para. 47.

certaine application. Peut-être est-ce une des raisons pour lesquelles les Pays-Bas ont avancé ce principe dans la résolution du litige qui les oppose à la France quant à l'interprétation du *Protocole* de 1991. Mais l'article 31(3)c) de la *Convention de Vienne* énonce aussi que le tribunal doit tenir compte « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les Parties »⁵². Cependant, le Tribunal arbitral ne fera pas application du principe du pollueur-payeur dans cette affaire.

En fait, le Tribunal considère que le *Protocole* de 1991 a tendu à créer une solidarité entre les riverains du Rhin et qu'en vertu de cette solidarité, le *Protocole* déroge par là même au principe du pollueur-payeur, ce que les Pays-Bas reconnaissent paradoxalement, comme le souligne le Tribunal⁵³. Ce principe de solidarité, énoncé dans le *Protocole*, est particulièrement mis en valeur dans son article 4, lequel prévoit que les mesures à prendre en territoire français étaient d'un montant maximal de 400 millions de francs français pour la période 1991-1998, et que ce financement devait se faire selon une certaine clef de répartition⁵⁴. Pour la constitution de ce « pot commun », l'Allemagne, la Suisse et les Pays-Bas se devaient de faire des versements annuels en préfinancement à la France, de manière à ce qu'elle puisse faire face aux dépenses pour le stockage et déstockage des chlorures. Les dépenses maximales avaient été prévues par année dans l'enveloppe globale des 400 millions de francs français précédemment évoquée. De plus, les versements annuels de chaque partie devaient être réalisés en référence à la répartition imaginée par l'article 4 précité du *Protocole*. Pour la France,

l'objet et le but du Protocole sont d'établir une solidarité entre les riverains du Rhin, également intéressés à la qualité de ses eaux et dont les activités contribuent à des titres divers à sa pollution. Cette solidarité est matérialisée par les actions que chaque État entreprend en ce qui le concerne et par un financement collectif des actions nécessaires.⁵⁵

Ainsi, le *Protocole* lie les parties, dont les Pays-Bas, qui ne peuvent alors arguer de la spécificité de leur position géographique. Le Tribunal administratif de Strasbourg, dans son jugement d'avril 2000, reconnaît implicitement que l'État français est à la source d'une pollution transfrontière dont pâtissent en aval les démembrements administratifs néerlandais, par le biais spécifique de la responsabilité administrative pour faute dans l'exercice de son pouvoir de police. Toutefois, le contexte juridique dont est saisi le Tribunal arbitral est totalement différent puisque régi, quant à lui, par une convention qui fait la loi des parties. En l'occurrence, le *Protocole* est une négation du principe du pollueur-payeur, d'où son rejet en l'espèce et la conclusion du Tribunal que cette règle de droit n'était pas applicable dans les relations entre les parties.

⁵² *Convention de Vienne*, *supra* note 3 à l'art. 31(3)c).

⁵³ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004*, *supra* note 1 au para. 103.

⁵⁴ Financement de 30% par l'Allemagne, 30% par la France, 34% par les Pays-Bas et 6% par la Suisse. Voir *Protocole*, *supra* note 2 à l'art. 4.

⁵⁵ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004*, *supra* note 1 au para. 44.

Néanmoins, on ne peut s'empêcher de noter la distance que prend le Tribunal arbitral à l'égard du principe lui-même, en dehors de la question de savoir si celui-ci était pertinent pour le cas à traiter. En effet, « sans nier son importance en droit conventionnel, le Tribunal ne pense pas que ce principe fasse partie du droit international général »⁵⁶. Ne pas nier son importance était bien le minimum auquel le Tribunal pouvait se cantonner, notamment lorsqu'on a à l'esprit des textes spécifiques à ce genre de problématique de pollution, lesquels prévoient explicitement de recourir au principe du pollueur-payeur. Il en est ainsi à l'article 2(5)b) de la *Convention d'Helsinki* de mars 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eaux transfrontières et des lacs internationaux⁵⁷ et surtout à l'article 4(d) de la *Convention pour la protection du Rhin*⁵⁸ qui réunit les mêmes protagonistes que le *Protocole* de 1991, outre le Luxembourg et la Communauté européenne.

Les grands auteurs du droit international précisent quant à eux que

le principe pollueur-payeur est énoncé par de multiples instruments, nationaux, régionaux et universels, qui l'expriment en termes variés, mais confirment son caractère obligatoire en tant que principe général du droit, que norme conventionnelle très habituelle et que règle coutumière.⁵⁹

En France, la doctrine n'hésite pas à mentionner « la place prééminente du principe pollueur-payeur dans le droit international positif » ou encore « qu'au plan international le PPP est reconnu par tous depuis 1990 comme étant 'un principe général du droit international de l'environnement' »⁶⁰. Si le principe pollueur-payeur fait partie des règles essentielles du droit international de l'environnement, la position du Tribunal arbitral penche pour ne pas l'intégrer dans le droit international général. Or, messieurs Patrick Daillier et Alain Pellet, traitant dans leur ouvrage de la « consolidation du droit international de l'environnement », remarquent fort justement que

le droit international de l'environnement est d'abord, et demeure, une branche du droit international public. Il s'en déduit que ces principes⁶¹ doivent être interprétés non seulement les uns en fonction des autres, mais aussi à la lumière et dans le contexte des principes généraux du droit international dont ils ne sauraient

⁵⁶ *Ibid.* au para 103.

⁵⁷ *Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux*, 17 mars 1992, 1936 R.T.N.U. 269 (entrée en vigueur : 4 septembre 1995) [*Convention d'Helsinki*].

⁵⁸ *Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures*, *supra* note 7 à l'art. 4(d) ; CE, *Décision 2000/706/CE du Conseil, concernant la conclusion au nom de la Communauté de la Convention pour la protection du Rhin*, [2000] J.O.L. 289/30 ; *Loi n°2002-1004*, J.O., 19 juillet 2002, 12408. Cette loi du Parlement français autorise l'approbation de la Convention pour la protection du Rhin.

⁵⁹ Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 1999, au n° 744, à la p. 1298.

⁶⁰ Smets, *supra* note 46 à la p. 72. Concernant la date de 1990, l'auteur fait référence à la *Convention de Londres sur la réparation, la lutte et la coopération en matière de lutte contre les hydrocarbures*.

⁶¹ Daillier et Pellet, *supra* note 59 au n° 745, à la p. 1300. Les auteurs évoquent ici les grands principes du droit international de l'environnement : l'utilisation non dommageable du territoire, la responsabilité du pollueur, la prévention, la coopération, le développement durable. Ceux-ci forment selon leur formule, « [l]e pentalogue coutumier du droit international de l'environnement ».

être isolés. Au plan juridique, cet arrimage au droit des gens constitue aussi l'un des éléments de la « globalisation » qui marque le droit contemporain de l'environnement⁶².

Cette analyse de la doctrine permet de relativiser la prise de position du Tribunal arbitral qui néanmoins, rappelons-le, ne « pense » pas que le PPP fasse partie du droit international général. La formule est loin d'être catégorique et emporte moins, *a posteriori*, la critique! Par contre, il a bien été logique que le Tribunal n'applique pas ce principe du droit de l'environnement à la résolution du différend entre la France et les Pays-Bas, car l'esprit du *Protocole* n'est pas de désigner un responsable à l'avance, mais d'œuvrer de manière collective, notamment par un financement équilibré ou du moins admis comme tel par les parties, au moment de la rédaction du *Protocole*⁶³.

Cependant, la partie française cherchera à mettre en relief, au moment du solde définitif des comptes, que cet équilibre n'est plus, si l'on s'en tient aux revendications des Pays-Bas. Elle avance notamment que « la solution du différend ne peut s'appuyer sur un traitement préférentiel des parties, notamment des Pays-Bas au motif que ceux-ci, en acceptant les stipulations du *Protocole*, auraient dérogé au principe du pollueur-payeur »⁶⁴. La France insistera sur une hydraulicité du Rhin supérieure aux prévisions, avec pour conséquences un abaissement des stocks réels à terre et une majoration des frais fixes à sa charge. Le Tribunal arbitral ne sera pas insensible à l'argument du débit du Rhin puisqu'il conclut, mais sans donner raison à la France, que les parties « n'ont à aucun moment imaginé qu'une hydraulicité plus favorable conduirait à des stockages si réduits que leurs prévisions de coûts en soient bouleversées »⁶⁵. Malgré cela, il ne retiendra pas la thèse du bouleversement du contrat.

B. La piste non retenue du bouleversement du contrat

Les formules du Tribunal sont troublantes, puisqu'il reconnaît le bouleversement des prévisions de coût opérées par les parties. Cette notion de bouleversement fait résonner dans l'esprit des administrativistes français la théorie de l'imprévision. Y a-t-il parallélisme entre droit administratif français et droit international public? L'arbitre Gilbert Guillaume a été juge au sein de la haute juridiction française et on peut penser que sa culture juridique a influencé son analyse dans cette affaire. Dans sa déclaration, ledit arbitre français développera la thèse du changement fondamental de circonstances pour justifier la transformation des obligations pour la France (1), mais cette théorie n'est appliquée par le juge qu'avec circonspection⁶⁶ (2).

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Protocole*, *supra* note 2 à l'art. 4.

⁶⁴ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004*, *supra* note 1 au para. 44.

⁶⁵ *Ibid.* au para. 129.

⁶⁶ En l'occurrence, rappelons que, dans cette affaire, les parties n'avaient pas soulevé la clause « *rebus sic stantibus* » et que le Tribunal arbitral ne pouvait s'en saisir d'office.

1. LA DÉCLARATION DE L'ARBITRE GILBERT GUILLAUME EN FAVEUR DE LA CLAUSE « REBUS SIC STANTIBUS »

Le Tribunal appliquera fidèlement les règles fixées par les parties dans le *Protocole*. Pour le calcul de l'apurement des comptes, le point qui oppose la France aux Pays-Bas tient dans le prix à retenir pour calculer le coût du fonctionnement lié au stockage et au déstockage. Les Pays-Bas se basent sur le prix indiqué par le *Protocole*, prix qui est forfaitaire et fixé à 61,5 francs français. Pour la France, au contraire, on ne peut se borner au prix stipulé par les parties : il faut tenir compte du coût réel des mesures. Comme les parties se sont fondées sur un régime des eaux autre que celui qui s'est effectivement réalisé d'après leurs prévisions, la France argue que le coût réel des mesures de stockage a été supérieur, élément qui change la donne pour l'apurement définitif des comptes. À défaut, la répartition des coûts prévue à 30% pour la France d'après le *Protocole*⁶⁷ ne serait pas respectée, mais serait bien supérieure pour cet État. Le Tribunal, perplexe face à l'argumentation française⁶⁸, se base sur les stipulations explicites du *Protocole*. Notamment, il se réfère à l'article 4, lequel, certes, ne donne pas de réponse immédiate sur le point litigieux, mais, par contre, renvoie à des annexes⁶⁹ qui sont, elles, indubitablement explicites. En l'occurrence, pour les dépenses de fonctionnement, l'annexe III prévoit que « le calcul de l'apurement définitif doit se faire sur la base de 61,5 francs français la tonne »⁷⁰. « *Pacta sunt servanda* », et le Tribunal arbitral de renchérir encore que la France ne conteste pas le montant, également stipulé à l'avance, des dépenses d'investissement (40 millions de francs français) sur le fondement duquel doit aussi se faire l'apurement définitif des comptes. Aussi, pour le Tribunal, « à la lumière de cet accord, il ne paraît pas justifié de procéder à l'apurement définitif des dépenses de fonctionnement en fonction d'un critère différent, en l'occurrence celui des coûts réels »⁷¹. La sentence du Tribunal est donc à la fois intransigeante dans l'application des stipulations du *Protocole* et compréhensive, lorsqu'elle admet que les prévisions de coûts sont bouleversées. Mais c'est l'intransigeance qui domine la résolution du problème.

C'est ainsi que l'arbitre Gilbert Guillaume considère que le Tribunal a retenu une solution déraisonnable⁷². Le calcul opéré conformément au *Protocole* aboutit à un résultat sinon absurde, du moins déraisonnable⁷³. La mise en avant de l'article 32 de

⁶⁷ *Protocole*, *supra* note 2 à l'art. 4.

⁶⁸ Avant même de se livrer à l'interprétation du *Protocole* de façon méthodique, le Tribunal arbitral aura une formule assez révélatrice de l'état d'esprit avec lequel il aborde le différend : « [l']argumentation française paraît à première vue contraire au texte même du point [...] », *Sentence arbitrale du 12 mars 2004*, *supra* note 1 au para. 88.

⁶⁹ Selon la règle générale d'interprétation de l'article 31 de la *Convention de Vienne* : « 1) Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. 2) Aux fins de l'interprétation des traités, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus [...] », *Convention de Vienne*, *supra* note 3.

⁷⁰ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004*, *supra* note 1 au para. 94.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.* à la p. 73.

⁷³ *Ibid.* à la p. 70.

la *Convention de Vienne* par la France n'a donc pas eu l'effet qu'elle escomptait, au regard de la « contre expertise » de la solution initiale qui avait été faite par le Tribunal en vertu de l'article 31. Face à ce constat, monsieur Gilbert Guillaume prend appui sur le registre de la clause « *rebus sic stantibus* » et le changement fondamental de circonstances de l'article 62(1) de la *Convention de Vienne*⁷⁴. Pour l'arbitre français, les conditions fixées par cet article sont remplies pour pouvoir invoquer un changement fondamental de circonstances :

Il me semble en effet que l'hydraulicité du Rhin a, au cours des années 1991 à 1998 été fondamentalement différente de ce qu'elle avait été dans les années antérieures. Il en est résulté que la quantité à stocker a été de l'ordre d'un cinquième de celle qui avait servi de base aux calculs de coûts. La France n'aurait certainement pas accepté une fixation forfaitaire des coûts à 61,5 francs français la tonne si elle avait su qu'il en serait ainsi. Il s'agit là d'une base essentielle de son consentement comme d'ailleurs de celui des autres Parties. Le changement survenu a eu pour effet de transformer radicalement les obligations qui restaient à exécuter⁷⁵.

Cependant, si la nature plus tumultueuse du débit du Rhin a déjoué les prévisions des parties sur lesquelles elles se sont fondées pour déterminer leurs obligations dans le *Protocole*, il n'en reste pas moins que cette hypothèse n'était pas imprévisible. Ledit arbitre français précise d'ailleurs lui-même que les parties ont écarté les prévisions extrêmes. C'est donc un choix totalement délibéré qu'elles ont fait pour déterminer leur montage financier en ne retenant qu'une fourchette moyenne du régime du Rhin. Ainsi, le changement fondamental de circonstances (l'hydraulicité satisfaisante) du Rhin n'est sciemment pas rentré dans les prévisions des États. L'article 62(1) de la *Convention de Vienne* mentionne un changement fondamental de circonstances qui n'avait pas été prévu par les parties. De même, les auteurs Patrick Daillet et Alain Pellet évoquent dans leur ouvrage l'extinction et la suspension du traité du fait de circonstances non prévues par les parties et intègrent, en sous-partie de ce paragraphe, les circonstances indépendantes des parties au rang desquelles se trouve, notamment, le changement fondamental de circonstances⁷⁶. Or, la pierre d'achoppement entre la France et les Pays-Bas ne tient pas dans des « circonstances non prévues », mais dans des « circonstances écartées ». Ce choix avait un coût fixé que les Pays-Bas n'ont pas voulu reconsidérer. Il est vrai que cet État pouvait s'appuyer sur une jurisprudence de la Cour internationale de Justice favorable, avec l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*⁷⁷. En outre, on pouvait y lire que

⁷⁴ *Convention de Vienne*, supra note 3 à l'art. 62. Selon cet article : « Un changement fondamental de circonstances qui s'est produit par rapport à celles qui existaient au moment de la conclusion d'un traité et qui n'avait pas été prévu par les parties ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin au traité ou pour s'en retirer, à moins que :

- a) L'existence de ces circonstances n'ait constitué une base essentielle du consentement des parties à être liées par le traité ; et que
- b) Ce changement n'ait pour effet de transformer radicalement la portée des obligations qui restent à exécuter en vertu du traité ».

⁷⁵ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004*, supra note 1 à la p. 72.

⁷⁶ Daillet et Pellet, supra note 59 aux pp. 303 et ss.

⁷⁷ *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, [1997] C.I.J. rec. 5 à la p. 64 [*Projet Gabčíkovo-Nagymaros*].

« la stabilité des relations conventionnelles exige que le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels »⁷⁸, ce que du reste laissait entendre l'exégèse de l'article 62(1)1 de la *Convention de Vienne*.

Les conditions posées à la mise en œuvre de la 'clause' sont donc très strictes et il est significatif qu'*aucune* décision juridictionnelle ou arbitrale n'ait jamais admis qu'elles étaient réunies dans les affaires au cours desquelles l'une des parties a invoqué le principe.⁷⁹

Rigorisme donc du droit international pour cette théorie. Dans les différents systèmes juridiques, des théories assez similaires se retrouvent. Notamment, en France, le juge administratif a élaboré depuis longtemps la théorie de l'imprévision et, comme le notait l'arbitre Gilbert Guillaume, des mécanismes proches de la théorie du changement fondamental de circonstances se retrouvent en Allemagne et en Suisse. Il y a donc une certaine universalité de ce concept, mais appliquée avec plus ou moins de rigueur.

2. PERMANENCE D'UN CONCEPT ET VARIATION D'APPLICATION : LE CHANGEMENT FONDAMENTAL DE CIRCONSTANCES

a) *La sécurité des relations juridiques, une constante du droit*

L'accord de volontés, tant dans la sphère du droit privé que celle du droit public, au niveau interne ou supranational, est parfois d'une fragilité telle qu'elle menace son application et même son existence. Parmi les nombreux cas de figure qui ont pu et peuvent apparaître, la survenance d'une cause extérieure, indépendante de la volonté des parties, qui bouleverse le contrat et la charge des obligations, est une constante. Les circonstances ne sont plus du tout les mêmes que celles qui ont présidé à la conclusion de l'accord et celui-ci n'est plus supportable par l'une ou l'autre des parties. Le débiteur ne peut certes se défausser à la légère en invoquant ces changements ; sinon, c'est toute la confiance contractuelle que les parties ont placée lors de la rédaction du contrat qui s'envole. D'où la rigidité en règle générale du droit pour qu'une des parties puisse invoquer une remise en question du contrat via la théorie de son bouleversement. Ceci est particulièrement vrai au regard du droit français des contrats administratifs puisque les intérêts de la personne publique sont en jeu, mais aussi en droit international, où la rencontre des intérêts étatiques est souvent fort longue, complexe à formaliser et dont l'intégration dans les droits internes demeure, selon les configurations politiques, une formalité peu aisée à faire aboutir.

⁷⁸ *Ibid.* au para. 104.

⁷⁹ Daillier et Pellet, *supra* note 59 au n° 203.

b) *Le changement fondamental de circonstances en droit international*

Nous avons vu à travers la sentence arbitrale du 12 mars 2004 que le droit international était particulièrement inflexible pour admettre l'application de la théorie du changement fondamental de circonstances. Si la théorie existe, telle que transcrite à l'article 62(1) de la *Convention de Vienne*, elle n'est encore qu'une spéculation intellectuelle jamais matérialisée. En effet, la fiabilité des relations interétatiques est un pilier maître du droit international qu'on ne peut concevoir de remettre en cause que dans des cas extrêmes, des extrêmes tels que ledit pilier ne s'en trouve pas affaibli. Mais ces limites n'ont encore jamais été trouvées dans la théorie du changement fondamental de circonstances et la force des liens contractuels semble indéfectible. La spécificité de la nature internationale explique aussi, peut-être, un très net parallélisme avec le droit des contrats internationaux, même si on ne peut confondre l'arbitrage du commerce international avec l'arbitrage international lui-même. En effet, les arbitres, face à la question d'une modification de circonstances de nature à rendre l'exécution beaucoup plus onéreuse pour l'un des contractants, voire même à en rendre l'exécution impossible de façon temporaire ou définitive, « rejettent [...] la théorie de l'imprévision »⁸⁰.

En l'absence d'un commun accord des parties leur demandant de réadapter le contrat, les arbitres du commerce international s'interdisent à juste raison de le faire. [...] Tout au plus ont-ils déduit au gré des espèces, du principe de bonne foi, une obligation de renégocier le contrat ou de minimiser les conséquences d'un événement de force majeure. Aussi revient-il en définitive aux contractants eux-mêmes de régler par des clauses appropriées⁸¹ les conséquences d'un bouleversement de circonstances sur le sort du contrat⁸².

c) *Le changement fondamental de circonstances en droit communautaire*

Dans le cadre de l'Union européenne, il est à noter que la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E.) a admis le changement fondamental de circonstances dans une affaire impliquant la Communauté européenne et l'ex-Yougoslavie⁸³. Estimant que l'article 62(1) est une codification du droit coutumier international et se référant alors aux dits principes de la *Convention de Vienne*⁸⁴, la

⁸⁰ Jean-Michel Jacquet, *Le contrat international*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1998 à la p. 113. Le juge Guillaume, signalant la sentence arbitrale rendue au sein de la Chambre de commerce international dans l'affaire n°2508 en 1976, remarquait que l'application de la théorie de l'imprévision « a parfois été envisagée, encore que jamais retenue, dans le droit des contrats internationaux relevant de la *lex mercatoria* », *Sentence arbitrale du 12 mars 2004*, *supra* note 1 à la p. 73.

⁸¹ Par prudence, les parties prévoient la clause de hardship « aux termes de laquelle les parties pourront demander un réaménagement du contrat qui les lie si un changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur (hardship) injuste », dans Bruno Oppetit, *Autour du contrat international*, Paris, Droits, 1990 au n° 12.

⁸² Jaquet, *supra* note 80 à la p. 113.

⁸³ *Racke/Hauptzollamt Mainz*, C-162/96, [1998] E.C.R. I-3655 [*Racke*].

⁸⁴ On peut lire aux paras 49, 50 et 51 de l'arrêt de la C.J.C.E. : « 49. Les règles invoquées par le justiciable forment une exception au principe "*pacta sunt servanda*" qui constitue un principe

Cour a reconnu que la dissolution de l'ex-Yougoslavie et la situation de guerre persistante constituaient un changement fondamental de circonstances, justifiant la suspension d'un accord de coopération⁸⁵ entre la Communauté économique européenne et cet État. Pour la Cour,

le maintien d'une situation de paix en Yougoslavie, indispensable aux relations de bon voisinage, et l'existence d'institutions capables d'assurer la mise en œuvre de la coopération visée par l'accord dans tout le territoire de Yougoslavie constituaient une condition essentielle pour entamer et poursuivre la coopération prévue par l'accord... Il n'apparaît pas que le Conseil [...], ait commis une erreur manifeste d'appréciation.⁸⁶

L'arrêt ne relève donc aucun élément de nature à affecter la validité du règlement suspendant les concessions commerciales prévues par l'accord de coopération entre la C.E.E. et l'ex-Yougoslavie⁸⁷. Le changement fondamental de circonstances admis dans l'arrêt *Racke* trouve ici une application des plus volontaristes de la part de la C.J.C.E., qui tranche avec la frilosité des juridictions du droit international. Certes, la situation de guerre est un cas plutôt extrême qui ne peut se comparer au changement du régime d'hydraulicité du Rhin, d'autant que dans l'affaire des chlorures qui nous intéresse ici, ce n'est ni un débit particulièrement faible de sécheresse, ni un débit excessivement élevé qui se trouvent à l'origine du

fondamental de tout ordre juridique et, en particulier, de l'ordre juridique international. Appliqué au droit international, ce principe exige que tout traité lie les parties et soit exécuté par elles de bonne foi. 50. L'importance de ce principe a encore été rappelée par la Cour internationale de Justice, selon laquelle «la stabilité des relations conventionnelles exige que le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels». Voir à ce sujet *Projet Gabčíkovo - Nagymaros*, *supra* note 77 au para. 104. « 51. Dans ces conditions, on ne saurait refuser à un justiciable, lorsqu'il se prévaut en justice des droits qu'il tire directement d'un accord avec un pays tiers, la faculté de mettre en cause la validité d'un règlement qui, en suspendant les concessions commerciales octroyées par cet accord, l'empêche de s'en prévaloir, et d'invoquer, pour en contester la validité, les obligations découlant des règles du droit coutumier international qui régissent la cessation et la suspension des relations conventionnelles ». De même, au para 45. « [à] cet égard, il y a lieu de relever que, comme il résulte de l'arrêt du 24 novembre 1992, *Poulsen et Diva Navigation* (C-286/90, [1992] E.C.R. I-6019, au point 9), les compétences de la Communauté doivent être exercées dans le respect du droit international. Par conséquent, celle-ci est tenue de respecter les règles du droit coutumier international lorsqu'elle adopte un règlement suspendant les concessions commerciales octroyées par un accord ou en vertu d'un accord qu'elle a conclu avec un pays tiers ».

⁸⁵ CE, *Décision 91/586/CECA*, [1991] J.O.L. 315 à la p. 47. Par décision du 11 novembre 1991, le Conseil a suspendu l'application de l'accord de coopération avec effet immédiat. Or, du fait de la suspension de cet accord, les importations couvrant la période postérieure à l'entrée en vigueur du règlement du Conseil ne pouvaient plus bénéficier d'un tarif spécial. Un différend sur ce problème tarifaire entre un entrepreneur et des services douaniers allemands amène ces derniers à se demander si la suspension unilatérale de l'accord de coopération répondait aux conditions énoncées à l'article 62(1) de la *Convention de Vienne*. La question de la validité du règlement suspendant l'accord au regard du droit international coutumier sera posée à la C.J.C.E. Car, si le règlement n'est pas valable juridiquement d'après les dispositions de la *Convention de Vienne*, alors la suspension de l'accord n'était pas régulière et l'entrepreneur est en conséquence en droit de demander à bénéficier du tarif douanier préférentiel.

⁸⁶ *Racke/Hauptzollamt Mainz*, *supra* note 83.

⁸⁷ Notamment, au regard de l'article 65 de la *Convention de Vienne*, *supra* note 3.

bouleversement des prévisions. En ce sens, la jurisprudence relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros*⁸⁸, selon laquelle « le moyen tiré d'un changement fondamental de circonstances ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels », a logiquement constitué la ligne de conduite du Tribunal arbitral.

Cette dimension exceptionnelle, qui vient caractériser la situation nouvelle à laquelle se trouvent confrontées les parties à un accord, se retrouve comme une constante dans le droit international et dans le droit administratif français, avec lequel l'arbitre français est familier. Ainsi, en droit administratif français, les arrêts du Conseil d'État⁸⁹ soulignent également la nature exceptionnelle des circonstances permettant de reconnaître l'imprévision. La transformation doit

atteindre une proportion telle qu'elle défie toutes les prévisions humaines, déjoue tous les calculs, et dépasse certainement les limites extrêmes des majorations [de prix] ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat.⁹⁰

Ainsi, pour admettre la théorie française de l'imprévision, faut-il se situer bien au-delà du simple aléa. Une certaine similitude avec le droit français des contrats administratifs et le droit des traités internationaux s'impose donc. En imaginant le juge administratif saisi de circonstances similaires, il est fort à parier que les exigences du Conseil d'État auraient conduit à rejeter la théorie de l'imprévision⁹¹. Dans l'affaire des chlorures, il est peut-être difficile de penser que la partie française se trouve face à un cas exceptionnel, puisque différents scénarios d'hydraulicité du Rhin ont été envisagés pour ne retenir que certains d'entre eux de manière à limiter les engagements financiers des États, en cas de débit relativement faible du fleuve. Une hydraulicité du Rhin supérieure aux prévisions n'était nullement invraisemblable pour les États. Pourtant, elle n'a pas été retenue comme une donnée pertinente de leur négociation. Il reste cependant que, dans la jurisprudence française, il ne s'agit pas ici d'une théorie sans application, à l'inverse des juridictions ou tribunaux arbitraux internationaux qui connaissent l'article 62 de la *Convention de Vienne*, sans l'avoir jamais rencontré.

L'interprétation du *Protocole* par le Tribunal n'apporte donc pas un éclairage nouveau sur la théorie du changement fondamental de circonstances. Par contre, les modalités de l'interprétation montrent le rôle essentiel accordé à l'article 32 de la *Convention de Vienne* au point qu'il donne toute sa densité à la sentence.

⁸⁸ *Projet Gabcikovo-Nagymaros*, *supra* note 77 au para. 104.

⁸⁹ Voir notamment *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, *supra* note 26.

⁹⁰ Cons. d'État, 8 février 1918, *Gaz de Poissy*, Rec. 1918 (concl. Corneille).

⁹¹ Notons que « contrairement au juge administratif, le juge judiciaire s'est toujours opposé à la reconnaissance de la théorie de l'imprévision », dans Séverin Abbatucci, Bertrand Sablier et Vincent Sablier, « La crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux », (2004) n° 40 *Actualités jur. dr. admin.* 2195. Mais, la Cour de cassation, actuellement, « semble s'être engagée sur la voie de la reconnaissance d'une obligation de renégociation des contrats devenus fortement déséquilibrés à la suite d'événements imprévisibles », *Ibid.* à la p. 2198.

II. Une interprétation pimentée par l'article 32 de la *Convention de Vienne*

Force coutumière des articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne*

Le Tribunal sera amené à interpréter le *Protocole* selon les règles classiques en la matière, figurant aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne*. Ces articles sont le reflet des règles coutumières d'interprétation et le Tribunal ne s'attardera pas sur la question de l'applicabilité au *Protocole* de 1991 de ces fameuses règles d'interprétation. De manière assez tranchante, le Tribunal rappelle cette évidence du droit international. Il « constate qu'à plusieurs reprises déjà, la Cour internationale de Justice ainsi que d'autres tribunaux ont affirmé que ces dispositions (les articles 31 et 32) constituaient une codification du droit coutumier »⁹². Et le Tribunal de rappeler ainsi les différentes affaires touchant ce point traité par la Cour internationale de Justice⁹³, de même que les sentences et décisions arbitrales s'y référant également⁹⁴. Les précautions de la France de rappeler qu'elle n'est pas partie à cette *Convention* n'auront pas de répercussion pratique auprès du Tribunal. Jamais, selon lui, la France n'a donné d'éléments permettant d'argumenter que les règles coutumières pourraient différer des articles 31 et 32⁹⁵. L'affirmation française selon laquelle « le fait que ces règles soient applicables sur la base du droit coutumier ne permet pas de se fonder sur la *Convention de Vienne* de façon aussi analytique et cédulaire que dans l'hypothèse où elle serait elle-même obligatoire entre les Parties »⁹⁶ manque de force. De plus, le Tribunal considère que les articles 31 et 32 lui permettent une grande souplesse d'interprétation : « ces articles laissent suffisamment de place au juge dans le processus d'interprétation [et ils] reflètent fidèlement l'état du droit coutumier actuel. Ils sont donc applicables en l'espèce »⁹⁷.

Si les moyens d'interprétation sont traditionnels, la sentence vient enrichir le droit international en reflétant une certaine conception du droit, lors de l'usage des articles 31, et surtout 32. Le recours aux articles 31 et 32 amène toujours d'utiles précisions sur les modalités de la pratique d'interprétation. Les développements sur l'article 31 sont assez peu surprenants pour les internationalistes (B), rodés à ces

⁹² *Sentence arbitrale du 12 mars 2004*, supra note 1 au para. 59.

⁹³ *Île de Kasikili/Sedudu (Botswana c. Namibie)*, [1990] C.I.J. rec. 1059 au para. 18 [*Kasikili/Sedudu*]; *Affaire du différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne c. Tchad)*, [1994] C.I.J. rec. 21 au para. 21 [*Différend territorial*]; *Affaire de la délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn (Qatar c. Bahreïn)*, Compétence et responsabilité, [1996] C.I.J. rec. 55 au para. 23 [*Affaire Qatar et Bahreïn*]; *Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, [1996] C.I.J. rec. 812 au para. 23 [*Plates-formes pétrolières*]; *Affaire LaGrand (Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, [2001] C.I.J. rec. 501 au para. 99 [*Affaire LaGrand*]; *Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie c. Malaisie)*, [2002] C.I.J. rec. 37 [*Pulau Sipadan*].

⁹⁴ Notamment, le Tribunal cite à bon escient des cas où les États en opposition ne sont pas parties à la *Convention de Vienne*, et où le Tribunal saisi a néanmoins fait application des articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne*, tels que le Tribunal irano-américain des réclamations ou le Tribunal arbitral, pour l'*Affaire de la délimitation de la frontière maritime Guinée/Guinée Bissau*.

⁹⁵ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004*, supra note 1 au para. 77.

⁹⁶ *Ibid.* au para. 43.

⁹⁷ *Ibid.* au para. 77.

questions, tandis que ceux relatifs à l'article 32 sont peut-être plus engagés, quant à la place qu'occupe cet article dans le processus d'interprétation (A).

A. Le recours ambivalent à l'article 32 : la sécurité d'une confirmation nécessaire?

1. LES TERMES MÊMES DE LA CONVENTION DE VIENNE SUR LES TRAITÉS SONT EXPLICITES

L'article 32 de la *Convention de Vienne* dispose qu'« il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu ». C'est donc une faculté, mais qui ne se justifie que dans un certain nombre de cas, à savoir, tout d'abord, « soit » pour « confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 », première hypothèse prévue par la *Convention de Vienne*, « soit » pour « déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 laisse le sens ambigu ou obscur, ou conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable ».

2. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE SUR L'ARTICLE 32

La jurisprudence traditionnelle de la Cour internationale de Justice, dans le prolongement de la Cour permanente de Justice internationale, a fait une application de l'article 32 qui laisse aux moyens complémentaires un rôle de « moyens de secours ». C'est le cas lorsque l'interprétation est rendue complexe par un texte confus, obscur et où il est par conséquent difficile de retrouver la volonté des parties. C'est donc la seconde hypothèse de l'article 32 qui a été la plus usitée. Ainsi, dans son avis consultatif relatif à la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, la Cour permanente précisait que

si les mots pertinents, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, ont un sens dans leur contexte, l'examen doit s'arrêter là. En revanche, si les mots, lorsqu'on leur attribue leur signification naturelle et ordinaire, sont équivoques et conduisent à des résultats déraisonnables, c'est alors – et alors seulement – que la Cour doit rechercher par d'autres méthodes d'interprétation ce que les parties avaient en réalité dans l'esprit quand elles se sont servies des mots dont il s'agit.⁹⁸

La Cour internationale de Justice a considéré « ne pas devoir se départir de la jurisprudence constante de la CPJI d'après laquelle il n'y a pas lieu de recourir aux travaux préparatoires si le texte d'une convention est en lui-même suffisamment

⁹⁸ *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, Avis consultatif, [1950] C.I.J. rec. 8 à la p. 8.

clair »⁹⁹. La Cour internationale de Justice a donc plutôt défendu l'idée d'un recours non systématique à l'article 32, dès lors que l'article 31 permet à l'interprète d'assurer sa mission. C'est ici une règle méthodologique « évidente [...] qui consiste à interpréter le moins possible »¹⁰⁰ du moins tant que le sens des mots n'est pas équivoque. Dans cette lignée jurisprudentielle, l'article 32 n'est donc employé que lorsqu'il s'avère absolument nécessaire et que l'usage de l'article 31 a montré ses limites.

Or, cet état du droit a évolué, tendant à recourir plus fréquemment à l'article 32. Les moyens complémentaires viennent aussi désormais à l'appui d'un raisonnement étayé sur la base première de l'article 31. L'article 32 est donc toujours complémentaire, au sens où il n'est pas le principal instrument de l'interprétation, mais intervient en second plan pour accréditer la version initiale. L'article 32 n'est plus seulement l'article qui permet de pallier l'insuffisance des moyens de l'article 31, comme cela ressortait de la jurisprudence précitée. La Cour développe cette tendance de l'intervention conjointe des articles 31 et 32, alors même que l'article 32 n'était pas vraiment indispensable. La Cour et les arbitrages semblent ainsi, depuis quelques temps, « re-découvrir » la première hypothèse de l'article 32¹⁰¹, qui vient en renfort de l'article 31, pour confirmer le sens dégagé, d'après les moyens de cet article. Il est notable que la Cour internationale de Justice explicite sa démarche comme si elle avait quelques scrupules à mettre en scène cet article 32 de manière quasi superflète, alors même que la *Convention de Vienne* l'y autorise.

Le Tribunal arbitral s'inscrit dans cette logique et s'appuie donc, dans notre affaire, sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Les formules qu'il retranscrit dans sa sentence sont éclairantes :

Bien qu'il ne soit pas strictement nécessaire d'y avoir recours pour déterminer le sens des traités en cause, la prise en compte des moyens complémentaires d'interprétation, y compris les travaux préparatoires, confirme les résultats obtenus par la Cour, [...], bien qu'il ne soit pas nécessaire de faire appel aux travaux préparatoires pour déterminer le sens de l'article en cause, ces mêmes travaux préparatoires ne s'opposent pas à la conclusion retenue par la Cour¹⁰².

Ajoutons que d'autres arbitrages que la sentence arbitrale du 12 mars 2004 témoignent eux aussi de cette tendance¹⁰³. À la fin de son raisonnement, le Tribunal en « conclut que les documents dont il dispose ne permettent pas d'arriver à une conclusion différente de celle à laquelle il est parvenu précédemment en appliquant la règle générale d'interprétation conformément à l'article 31 de la *Convention de*

⁹⁹ *Conditions de l'admission d'un État membre des Nations Unies*, Avis consultatif, [1948] C.I.J. rec. 57 à la p. 63 ; *Affaire Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, [1952] C.I.J. rec. 45.

¹⁰⁰ Daillier et Pellet, *supra* note 59 au n° 169.

¹⁰¹ *Kasiliki/Sedudu*, *supra* note 93 ; *Plateformes pétrolières*, *supra* note 93 ; *Palau Sipadan*, *supra* note 93.

¹⁰² *Sentence arbitrale du 12 mars 2004*, *supra* note 1 au para. 71 ; voir *Différend territorial*, *supra* note 93 ; *Affaire Qatar et Bahreïn*, *supra* note 93 ; *Affaire Lagrand*, *supra* note 93.

¹⁰³ *Affaire concernant l'Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France* (1978) 18 R.S.A. 473 au para. 44 ; *Affaire des dettes extérieures allemandes*, (1980) 84 R.G.D.I.P. 1184 au para. 37.

Vienne »¹⁰⁴. C'est bien ici le rôle « confortatif » de l'article 32 qui est souligné explicitement. Le Tribunal arbitral utilisera l'article 32 en écartant l'argument des Pays-Bas qui « prétendent qu'il n'y a lieu de recourir aux moyens complémentaires de l'article 32 que si l'application des moyens de l'article 31 laisse le sens ambigu ou obscur ou mène à un résultat manifestement absurde ou déraisonnable »¹⁰⁵.

3. CETTE CONCLUSION EST ÉTONNANTE NOTAMMENT LORSQU'ON SE FONDE SUR LES ARGUMENTS DE LA FRANCE

L'État français avait réclamé une interprétation sur le fondement de l'article 32 en invoquant la seconde hypothèse de cet article de la *Convention de Vienne*¹⁰⁶. En effet, pour la France, le principe directeur de la bonne foi « commande qu'il soit procédé à une interprétation raisonnable du *Protocole* et de ses annexes, [...] il importe que le sens dégagé ne conduise pas à un résultat ambigu ou obscur, voire manifestement absurde ou déraisonnable »¹⁰⁷. Or, selon l'analyse française, l'interprétation néerlandaise est contestable, notamment en ce qu'elle conduit à un « résultat déraisonnable » : le *Protocole* organise une solidarité entre les riverains du Rhin qui impose à la France de prendre en charge 30% des coûts des mesures prises¹⁰⁸. Mais, selon la France, « l'interprétation néerlandaise conduit à imposer à la France une charge financière correspondant à 75% des coûts et à lui faire supporter seule les conséquences d'une hydraulité du Rhin supérieure aux prévisions initiales des Parties »¹⁰⁹. L'article 32 est donc ici invoqué non pas en tant qu'instrument de vérification, telle une sorte de « preuve par neuf », mais plutôt comme moyen de corriger une solution éventuellement déraisonnable, si le Tribunal entendait faire sienne l'interprétation des Pays-Bas. Le fait que le Tribunal ait recours à l'article 32, comme le réclame la France, n'est-il pas la reconnaissance implicite d'une solution première déraisonnable par l'article 31¹¹⁰?

4. UNE RÉFÉRENCE À L'ARTICLE 32 AMBIGUË¹¹¹

S'appuyant sur la jurisprudence et les sentences arbitrales précitées, mais aussi tout logiquement sur les termes mêmes de l'article 32, le Tribunal « estime qu'il doit en l'espèce, se référer au prescrit de l'article 32 de la *Convention de Vienne* »¹¹². Il conclura ainsi, comme déjà mentionné plus haut, « que les documents préparatoires dont il dispose ne permettent pas d'arriver à une conclusion différente de celle à laquelle il est parvenu précédemment en appliquant la règle générale d'interprétation

¹⁰⁴ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra* note 1 au para. 131.

¹⁰⁵ *Ibid.* au para. 68.

¹⁰⁶ *Convention de Vienne, supra* note 3 à l'art. 32.

¹⁰⁷ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra* note 1 au para. 43.

¹⁰⁸ Pour l'Allemagne 30%, les Pays-Bas 34% et la Suisse 6%.

¹⁰⁹ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra* note 1 au para. 49.

¹¹⁰ Voir Philippe Weckel, « Chronique de jurisprudence internationale » (2004) 107 : 2 R.G.D.I.P. 465.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra* note 1 au para. 106.

conformément à l'article 31 de la *Convention de Vienne* »¹¹³. Ainsi, le Tribunal semble conclure son travail d'interprétation en valorisant le rôle complémentaire de confirmation de l'article 32. Mais, il est notable que le Tribunal jouera sur les deux cas de figure de l'article 32, et non pas de manière alternative comme la rédaction de l'article 32 aurait pu éventuellement le faire penser. Le Tribunal va exploiter toutes les potentialités de l'article 32 et les cumuler, à la fois pour confirmer sa solution première, et pour satisfaire les exigences françaises. En ce sens, la démarche du juge est subtile. D'une part, le Tribunal est en effet tenu par l'argumentaire du « déraisonnable » avancé par la France, puisque selon elle, l'interprétation néerlandaise aboutit à un tel résultat et que les documents préparatoires soumis au tribunal permettent d'écarter celle-ci¹¹⁴. D'autre part, la conclusion évoquée ci-dessus du Tribunal montre qu'il a fait essentiellement application de la première justification de recours à l'article 32 mentionnée par la *Convention de Vienne* concernant la confirmation du résultat d'interprétation plutôt que de conclure, ce qui aurait été possible, que l'interprétation n'était pas déraisonnable dans son résultat. Ainsi, le Tribunal traite-t-il la demande de la France dans l'optique réclamée du contrôle du résultat déraisonnable en analysant le *Protocole* sur le fondement complémentaire des articles 31 et 32. Mais force est de constater que sa conclusion ne répondra pas directement à l'argumentaire français et se placera sur le terrain de la non-contradiction avec l'interprétation sur le fondement des moyens de l'article 31¹¹⁵.

La démarche d'un recours conjoint aux articles 31 et 32 semble ainsi rendre compte de la procédure suivie par le Tribunal dans sa mission d'arbitrage et vient renforcer la tendance jurisprudentielle et arbitrale quant à la conception du rôle de l'article 32. Notons par ailleurs que c'est grâce aux moyens de l'article 32 et, notamment, à une définition assez large des moyens complémentaires que le Tribunal a pu retrouver l'intention des parties. L'interprétation du *Protocole* sur le fondement de l'article 31 donnera elle aussi quelques précisions, certes moins surprenantes, mais qui appellent cependant quelques commentaires.

B. Les modestes éclairages donnés par l'interprétation sur la base de l'article 31

1. LA POSITION DU TRIBUNAL DANS CETTE AFFAIRE EST DES PLUS CLASSIQUES

Le Tribunal a analysé les dispositions litigieuses du *Protocole* en fonction des outils que lui offre l'article 31. Pour interpréter les termes du *Protocole*, il a ainsi recours au principe essentiel de la bonne foi, recherche l'effet utile, examine le contexte, précise son objet et son but, se penche sur une éventuelle pratique ultérieure pour terminer, enfin, sur l'analyse de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. Le Tribunal adhère à la règle générale d'interprétation codifiée par l'article 31 de la *Convention de Vienne* et « considère

¹¹³ *Ibid.* au para. 131.

¹¹⁴ *Ibid.* au para. 107.

¹¹⁵ Le juge français Gilbert Guillaume dans sa déclaration maintiendra quant à lui la version d'une solution déraisonnable, dans *Ibid.* à la p. 73.

que cette règle doit être envisagée comme formant un tout intégré dont les éléments constitutifs ne peuvent être séparés »¹¹⁶. Néanmoins, le Tribunal reconnaît que « l'importance d'un élément par rapport aux autres sera appelée à varier en fonction du cas sous étude »¹¹⁷. Une certaine latitude est donc permise, d'autant que le Tribunal rappelle l'affaire du *Lac Lanoux*¹¹⁸, en soulignant que « le droit international ne consacre aucun système absolu et rigide d'interprétation »¹¹⁹.

Le Tribunal ne se limite pas à une analyse étroite de l'article 31, précisément quant à une interprétation « suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité ». Dans la présente affaire, les parties s'opposent sur la place à donner au sens ordinaire des termes employés. Les Pays-Bas défendent l'idée qu'ils sont déterminants, tandis que la France soutient qu'ils ne constituent que « le point de départ du processus interprétatif »¹²⁰. Sur ce débat, le Tribunal prend une position intéressante. Il va préférer la notion de texte du traité plutôt que celle de termes du traité, précisant que la première est « une notion distincte et plus large que la notion de 'termes' »¹²¹. Certes, le Tribunal se base ici sur l'affaire du *Différend territorial*, décision dans laquelle la Cour écrit que « l'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du traité lui-même »¹²². C'est alors la justification, pour le Tribunal, d'interpréter sans se reposer uniquement sur le sens ordinaire des termes¹²³. Ainsi, tout en appliquant l'article 31(1) de la *Convention de Vienne* qui prévoit une interprétation selon le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité, le Tribunal arbitral avance aussi que « le sens ordinaire des termes ne constitue pas toujours le seul moyen d'interprétation pertinent »¹²⁴. Le Tribunal entend donc la position de la France. Mais, c'est une courte victoire pour l'État français, car le Tribunal rappelle aussi l'existence du paragraphe 4 de l'article 31 selon lequel « un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties »¹²⁵. Revenait donc à la France de « démontrer de façon convaincante »¹²⁶ le sens spécifique judicieusement admis par les parties au *Protocole*.

¹¹⁶ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra* note 1 au para. 62.

¹¹⁷ *Ibid.* au para. 64. Il est à noter qu'il ressort de la sentence du Tribunal arbitral qu'une annexe au *Protocole* auquel renvoie un article de celui-ci n'est pas moins importante que ce dernier. Le Tribunal souligne que, quand bien même celui-ci « aurait une valeur supérieure à l'annexe, [...] cela ne changerait rien à la solution puisque [cet article] s'en remet à l'annexe [...] pour le calcul des sommes dues », dans *Ibid.* au para. 94.

¹¹⁸ *Lac Lanoux, supra* note 23.

¹¹⁹ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra* note 1 au para. 64.

¹²⁰ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra* note 1 au para. 63.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² *Différend territorial, supra* note 93 à la p. 41.

¹²³ Les formules employées sont révélatrices de cette approche : « [o]n ne peut faire abstraction des éléments autres que le sens ordinaire des termes ; de la même façon, on ne peut ignorer ce sens. Si le texte du traité demeure la base de l'interprétation, cela ne veut donc pas dire qu'il y a lieu de privilégier une interprétation purement littérale » dans *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra* note 1 au para. 64.

¹²⁴ *Ibid.* au para. 67.

¹²⁵ *Convention de Vienne sur le droit des traités, supra* note 5 à l'art. 31.

¹²⁶ *Ibid.* au para. 67.

2. LA NÉCESSAIRE PREUVE D'UN SENS SPÉCIFIQUE RECONNU AUX TERMES EMPLOYÉS

Le Tribunal estime que la France n'a pas démontré que les parties avaient l'intention d'attribuer à certains termes un sens particulier, renvoyant à une autre méthode de calcul pour régler définitivement les comptes. Notamment, la distinction soulignée par la France entre dépenses engagées et dépenses effectuées n'est pas retenue. « Si les parties avaient voulu, par l'emploi de ces termes désigner des dépenses différentes, elles auraient dû le faire de façon plus explicite »¹²⁷. La France n'aurait donc pas été suffisamment précautionneuse lors de la rédaction du *Protocole*¹²⁸ et, pour le Tribunal, les formules de dépenses effectuées et dépenses engagées sont synonymes. Que ce soit lors de l'interprétation d'après la bonne foi, d'après le contexte ou encore en fonction de l'effet utile, jamais, selon la sentence, l'intention des parties n'a été d'établir une distinction terminologique entre dépenses engagées et dépenses effectuées ayant une telle répercussion sur les obligations financières des États concernés, et spécialement pour la France.

3. LA SENTENCE CONFIRME LES DOUTES DU TRIBUNAL SUR LA POSITION FRANÇAISE

Le Tribunal avait, dans les premiers paragraphes du chapitre relatif à la solution du différend, témoigné d'un certain scepticisme sur l'interprétation française, en énonçant que « l'argumentation française paraît à première vue contraire au texte même »¹²⁹ à interpréter, notamment car celui-ci « renvoie explicitement pour le calcul des dépenses engagées auquel il doit être procédé »¹³⁰ à une solution elle-même explicite. Néanmoins, le Tribunal arbitral recherche, grâce aux différents éléments de l'article 31, l'intention des parties puisque « aucune raison n'existe pour mettre en doute la bonne foi de l'interprétation défendue »¹³¹ par les deux États.

Sur le plan linguistique, le Tribunal ne fait pas prévaloir une version sur une autre, malgré des fluctuations dans les termes employés dans les exemplaires allemands, néerlandais ou français. En l'occurrence, le Tribunal, se fondant sur l'interprétation de bonne foi, « n'estime pas nécessaire de rechercher le texte à retenir en recourant éventuellement aux méthodes d'interprétation prévues au paragraphe 4 de l'article 33 de la *Convention de Vienne* »¹³², car le point à interpréter, d'après

¹²⁷ *Ibid.* aux paras 91-92.

¹²⁸ Il est vrai que, dans le droit des finances publiques, la notion d'engagement d'une dépense correspond à l'autorisation de l'ordonnateur de créer une dette, de contracter une obligation qui aura été fixée « ex-ante ». L'engagement correspond bien à une prévision. Ainsi, l'engagement d'une dépense ne peut se confondre avec le paiement d'une dépense, ce dernier, arrêté « ex-post » permettant seul d'éteindre la dette. On peut donc comprendre l'argumentation de la France qui estime que l'apurement définitif ne peut se calculer sur la prévision du coût forfaitaire de stockage et déstockage à 61,5 francs français la tonne, mais doit connaître un mode de calcul corrigé par les dépenses effectivement réalisées par la partie française.

¹²⁹ *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra* note 1 au para. 88.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ *Ibid.* au para. 86.

¹³² *Ibid.* au para. 89.

l'article 31, s'avère sans ambiguïté. L'article 31 étayé par l'article 32 suffit au Tribunal pour donner la solution de ce différend. Ainsi, l'article 33 n'est-il que brièvement envisagé et ce, sans rechercher à en préciser son statut, malgré une nécessaire référence à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

La France doit au final verser une somme conséquente pour l'apurement définitif des comptes largement supérieure à ses calculs. Les modalités de calcul précisément se fondent sur les dispositions forfaitaires gravées dans le marbre du *Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures*¹³³. Il n'en reste pas moins la déclaration de l'arbitre Gilbert Guillaume qui, ouvertement, conteste la sentence arbitrale¹³⁴. Les ultimes développements de la déclaration sont révélateurs de toute la déception de la partie française, qui en appelle à un sursaut des autres parties. Mais ils ne semblent pas avoir eu beaucoup d'échos. Les relations de voisinage interétatiques, comme simplement individuelles, restent ainsi parfois assez éloignées de toute considération d'amitié et le contentieux des chlorures des mines de potasse d'Alsace en droit interne, comme international, s'est avéré assez douloureux. Reste que ce dernier n'est cependant pas achevé, puisque l'affaire n'a concerné, pour le moment, que les Pays-Bas et la France et l'on peut espérer attendre pour l'avenir des retombées de la déclaration de l'arbitre Gilbert Guillaume.

¹³³ *Protocole, supra* note 2.

¹³⁴ « La clause '*rebus sic stantibus*' implique en cas de changement fondamental de circonstances une obligation de négociation entre les Parties puis en cas d'échec de la négociation, elle permet éventuellement de se retirer d'une convention d'en suspendre l'application. Elle n'en permet la révision par le juge ou l'arbitre que dans l'hypothèse où ce dernier s'est vu reconnaître un tel pouvoir entre les Parties. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Cette situation me paraît tout à fait regrettable dans la mesure où elle a conduit le Tribunal à retenir une solution déraisonnable qui aurait dû être revue au regard des circonstances nouvelles grâce à une négociation entre les Parties. On eut pu espérer que, dans des relations entre pays voisins et amis, une telle négociation aurait été possible [...] » dans *Sentence arbitrale du 12 mars 2004, supra* note 1 aux pp. 73-74.