

SEPARATE OPINION OF JUDGE BHANDARI

INTRODUCTION

1. In the instant case, the Court has been presented with two separate but related disputes that have arisen between Costa Rica and Nicaragua pertaining to the San Juan River, which serves as the international boundary between these two nation-States.

2. The first dispute, known as the *Certain Activities* case, deals with, *inter alia*, the dredging by Nicaragua of the Lower San Juan River, over which it has sovereign title up to the right bank, in order to improve the navigability of the said river.

3. The second dispute, known as the *Construction of a Road* case, is centred around the construction by Costa Rica within its own territory of a road nearly 160 km in length, which follows the course of the right bank of the San Juan River for approximately 108 km (Judgment, para. 64).

4. As the Judgment's analysis explains (*ibid.*, paras. 63-64; 104-105 and 160-161), since both Nicaragua's dredging of the Lower San Juan River and Costa Rica's construction of a road along the right bank of that river are public projects that have occurred near an international boundary, the possibility of transboundary harm arises in both contexts. Consequently, in both the *Certain Activities* and *Construction of a Road* cases the Applicant argued that the Respondent did not, contrary to its obligations under public international law, perform an Environmental Impact Assessment ("EIA").

5. While I concur with the majority's conclusion that Costa Rica ought to have produced an EIA in the *Construction of a Road* case (Judgment, paras. 104-105 and 160-162), I feel the present Judgment offers a welcome opportunity to expand upon the present state of the law surrounding EIAs, and to offer insight as to how the body of law governing such instruments may be complemented so as to provide clearer guidance to nation-States contemplating large-scale public works projects that contain a prospect of transboundary impacts.

6. As I shall discuss at greater length below, the obligation to produce an EIA presently arises not only under general international law, but has also been codified by various international treaties and other legal instruments. Regrettably, despite the current widespread acceptance of the necessity to conduct an EIA where there is a risk of transboundary harm, public international law presently offers almost no guidance as to the spe-

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BHANDARI

[Traduction]

INTRODUCTION

1. En la présente espèce, la Cour a été saisie de deux affaires distinctes, mais connexes, qui divisent le Costa Rica et le Nicaragua concernant le fleuve San Juan, dont le tracé marque la frontière entre les deux Etats.

2. La première, relative à *Certaines activités*, porte notamment sur les opérations de dragage que le Nicaragua a menées dans le cours inférieur du San Juan, lequel relève de sa souveraineté jusqu'à sa rive droite, afin d'en améliorer la navigabilité.

3. La seconde, relative à la *Construction d'une route*, concerne la réalisation par le Costa Rica, sur son territoire, d'une route de près de 160 kilomètres de long, qui suit la rive droite du fleuve sur environ 108 kilomètres (arrêt, par. 64).

4. Ainsi que la Cour l'a exposé dans son analyse (*ibid.*, par. 63-64, 104-105 et 160-161), étant donné que le programme de dragage du San Juan inférieur mené par le Nicaragua et le projet de construction routière entrepris par le Costa Rica le long de sa rive droite constituent l'un et l'autre des travaux publics mis en œuvre à proximité d'une frontière internationale, il existe, dans les deux cas, un risque de dommage transfrontière. Ainsi, tant dans l'affaire relative à *Certaines activités* que dans celle relative à la *Construction d'une route*, le demandeur reprochait au défendeur d'avoir omis, au mépris des obligations lui incombant au titre du droit international public, de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement.

5. Bien que souscrivant à la conclusion de la majorité selon laquelle, en l'affaire relative à la *Construction d'une route*, le Costa Rica aurait dû procéder à pareille évaluation (*ibid.*, par. 104-105 et 160-162), je suis d'avis que le présent arrêt offre une excellente occasion de réfléchir à l'état actuel du droit en la matière et à la manière dont il y aurait lieu de compléter le régime applicable en vue de fournir des indications plus claires aux Etats qui envisagent d'entreprendre des projets de travaux publics de grande ampleur et susceptibles d'avoir des effets transfrontières.

6. Ainsi que je l'exposerai plus longuement ci-après, non seulement l'obligation de mener une évaluation de l'impact environnemental est aujourd'hui reconnue en droit international général, mais elle a également été codifiée par différents traités internationaux et autres textes juridiques. Il est toutefois à déplorer que, même si la nécessité d'effectuer pareille évaluation en cas de risque de dommage transfrontière est de plus en

cific circumstances giving rise to the need for an EIA, nor the requisite content of any such assessment.

7. For these reasons, in the present opinion I intend to offer some suggestions as to how the public international law standards governing EIAs could be improved. In undertaking this endeavour, I draw inspiration from the words of Judge Weeramantry in his dissenting opinion to this Court's *Nuclear Tests II* Order:

“This Court, situated as it is at the apex of international tribunals, necessarily enjoys a position of special trust and responsibility in relation to the principles of environmental law, especially those relating to what is described in environmental law as the Global Commons. When a matter is brought before it which raises serious environmental issues of global importance, and a prima facie case is made out of the possibility of environmental damage, the Court is entitled to take into account the Environmental Impact Assessment principle in determining its preliminary approach.”¹

8. In keeping with this sage pronouncement, I shall first examine how the legal instrument of an EIA fits within the broader history and contemporary régime of international environmental law. Against this backdrop I shall proceed to a discussion of current trends in public international law pertaining to transboundary EIAs. Finally, I shall provide some recommendations that in my respectful view could serve as useful minimum standards for determining the content of transboundary EIAs under public international law.

BRIEF HISTORY OF THE LAW PERTAINING TO EIAs

9. Over approximately the past half-century remarkable progressive steps have been taken with regard to international environmental law since the United Nations Conference on the Human Environment was held at Stockholm in 1972 (“Stockholm Conference”)². One of the reasons for this evolution is scientific development, in so far as increased technological capacity for scientific inquiry has heightened the ability of

¹ *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, Order of 22 September 1995, I.C.J. Reports 1995*, p. 345 (“*Nuclear Tests II* Order”).

² The United Nations Conference on the Human Environment (1972) convened by United Nations General Assembly res. 2398 (XXIII).

plus largement admise, le droit international public reste très laconique pour ce qui est de déterminer dans quelles circonstances l'évaluation de l'impact sur l'environnement est requise et quels doivent en être, dans chaque cas, les éléments requis.

7. Telles sont les raisons pour lesquelles j'entends proposer ici quelques pistes pour étoffer les règles du droit international public en la matière. Je me suis inspiré à cet égard des réflexions formulées par le juge Weeramantry dans l'exposé de son opinion dissidente joint à l'ordonnance rendue par la Cour relativement à la *Demande d'examen dans l'affaire des Essais nucléaires* :

« Placée au sommet des juridictions internationales, la Cour est nécessairement investie d'une confiance et d'une responsabilité propres à l'égard des principes du droit de l'environnement, notamment de ceux intéressant ce que l'on qualifie en droit de l'environnement d'« indivis mondial ». Lorsqu'une affaire est portée devant elle qui soulève de graves questions écologiques d'importance mondiale, et qu'il est établi *prima facie* que des dommages pourraient être causés à l'environnement, la Cour est fondée à prendre en considération le principe de l'évaluation de l'impact sur l'environnement pour arrêter son approche préliminaire. »¹

8. Gardant à l'esprit ce constat éclairé, j'examinerai tout d'abord comment l'évaluation de l'impact sur l'environnement, en tant que mécanisme juridique, s'inscrit plus largement dans l'histoire et le régime contemporain du droit international de l'environnement. Ce contexte ainsi posé, j'analyserai ensuite les tendances actuelles du droit international public en matière d'évaluation de l'impact environnemental transfrontière, avant de proposer un certain nombre d'exigences minimales qui pourraient, à mon humble avis, servir de critères pour déterminer quelle doit être, au regard du droit international public, la substance de l'évaluation.

BREF RAPPEL HISTORIQUE DU DROIT RELATIF À L'ÉVALUATION DE L'IMPACT SUR L'ENVIRONNEMENT

9. Au cours des quelque cinquante années écoulées depuis la conférence des Nations Unies sur l'environnement humain tenue à Stockholm en 1972 (la « conférence de Stockholm »)², d'importantes avancées ont été réalisées en droit international de l'environnement, qui tiennent notamment au développement de la recherche scientifique et des moyens technologiques qui permettent désormais à l'homme de mieux apprécier les

¹ *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), ordonnance du 22 septembre 1995, C.I.J. Recueil 1995, p. 345.

² Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain (1972), convoquée par l'Assemblée générale des Nations Unies, résolution 2398 (XXIII).

mankind to ascertain the harm it is committing against its own natural habitat. This is demonstrated most obviously through a greatly intensified focus on climate change over the past twenty years³.

10. Some of the driving forces behind the advent and growing acceptance of the need to conduct EIAs are the concomitant rise in other international environmental law doctrines, such as the principle of sustainable development, the principle of preventive action, global commons, the precautionary principle, the polluter pays principle and the concept of transboundary harm.

Principle of Sustainable Development

11. The principle of sustainable development has been a driving force in international environmental law for several decades. Indeed, the Stockholm Conference culminated in the issuance of a comprehensive report recognizing, *inter alia*, that environmental management is designed for the purpose of facilitating comprehensive planning that takes into account the side effects of human activities on the environment⁴. Chapter I of that report consisted of a declaration (“Stockholm Declaration”) containing 26 principles.

12. Principle 1 of the Stockholm Declaration implicitly embodied the principle of sustainable development when it stated in relevant part that:

“Man has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations.”

The actual term “sustainable development” was coined in a report prepared in 1987 by the World Commission on Environment and Development⁵, commonly known as the “Brundtland Report”⁶, and has figured prominently in numerous international treaties, legal instruments and cases applying international environmental law ever since.

13. The notion of sustainable development is said to embody the balancing of two ideas. The first is the idea of granting priority to essential needs such as food, clothing, shelter, and the second is the idea of limitations imposed by the ability of the environment to meet such future needs⁷. As the term implies, the industrial development and scientific progress

³ See, generally, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1997*, p. 7.

⁴ Report of the United Nations Conference on the Human Environment, UN doc. A/CONF.48/14/Rev.1, p. 28.

⁵ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., 2003, p. 252.

⁶ Report of the World Commission on Environment and Development, *Our Common Future* (1987), p. 43.

⁷ *Ibid.*

dommages qu'il cause à son propre habitat naturel. En témoigne très clairement l'importance particulière accordée, depuis une vingtaine d'années, au changement climatique³.

10. L'émergence et la reconnaissance croissante de la nécessité d'évaluer l'impact sur l'environnement s'expliquent en partie par l'essor concomitant d'autres concepts de droit international de l'environnement, tels que le développement durable, l'action préventive, l'idée d'indivis mondial, le principe de précaution et les notions de pollueur payeur et de dommage transfrontière.

Le principe du développement durable

11. Depuis plusieurs décennies, le principe du développement durable est un élément moteur du droit international de l'environnement. La conférence de Stockholm s'est ainsi conclue par l'établissement d'un rapport reconnaissant entre autres que la gestion de l'environnement a pour objet de faciliter une planification détaillée qui tienne compte des effets secondaires des activités de l'homme sur l'environnement⁴. Au chapitre premier de ce rapport figurait une déclaration (la «déclaration de Stockholm») posant 26 principes.

12. Le premier de ces principes traduit implicitement l'idée du développement durable, en énonçant ce qui suit :

«L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures.»

L'expression «développement durable» a été utilisée pour la première fois dans un rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement datant de 1987⁵, communément appelé le «rapport Brundtland»⁶, et la notion qu'il exprime occupe une place prépondérante dans nombre de traités, de textes juridiques et de différends internationaux ayant trait au droit international de l'environnement.

13. Cette notion incarne, selon certains, le juste équilibre entre deux considérations : premièrement, la priorité qu'il convient de donner aux besoins élémentaires que sont la nourriture, les vêtements et le toit et, deuxièmement, l'existence de limites quant à la capacité de l'environnement de répondre, à l'avenir, à ces besoins⁷. Ainsi que l'expression le laisse entendre,

³ Voir, de manière générale, *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7.

⁴ Rapport de la conférence des Nations Unies sur l'environnement, Nations Unies, doc. A/CONF.48/14/Rev.1, p. 28.

⁵ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2^e éd., 2003, p. 252.

⁶ Rapport de la Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, 1987, p. 43.

⁷ *Ibid.*

taking place in the world must be done in a manner that takes into account the impact of such activities on the environment. In fact, in the *Gabčíkovo-Nagymaros Project* Judgment, this Court discussed this balancing act in the following terms:

“Throughout the ages, mankind has, for economic and other reasons, constantly interfered with nature. In the past, this was often done without consideration of the effects upon the environment. Owing to new scientific insights and to a growing awareness of the risks for mankind — for present and future generations — of pursuit of such interventions at an unconsidered and unabated pace, new norms and standards have been developed, set forth in a great number of instruments during the last two decades. Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past. This need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development.”⁸

The principle of sustainable development is thought of as an underlying concern in all negotiations and discussions of the international community relating to the environment⁹.

Principle of Preventive Action

14. In addition to sustainable development, the principle of preventive action is another pillar of modern international environmental law¹⁰. Whereas certain principles of international environmental law such as sustainable development focus on balancing the often competing needs of industrial development and environmental protection, the principle of preventive action, by contrast, focuses solely on the minimization of environmental damage¹¹. As the term would imply, the preventive action called for must be done prior to the occurrence of any environmental damage. This Court has recognized the importance of the principle of preventive action in the *Gabčíkovo-Nagymaros Project* Judgment, where it stated that:

“[t]he Court is mindful that, in the field of environmental protection, vigilance and prevention are required on account of the often irre-

⁸ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 78, para. 140.

⁹ Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, p. 326.

¹⁰ Report of the International Law Commission, Draft Principles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with Commentaries (2001), 56th Session, UN doc. A/56/10.

¹¹ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., 2003, p. 281.

il s'agit de veiller à ce que l'impact environnemental oriente le développement industriel et les progrès scientifiques réalisés à l'échelle mondiale. De fait, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour s'est intéressée à ce dilemme dans les termes suivants :

« Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité — qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures —, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des Etats envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement. »⁸

L'on considère que le principe du développement durable doit guider toutes les négociations et discussions au sein de la communauté internationale en matière d'environnement⁹.

Le principe de l'action préventive

14. L'action préventive figure, avec le développement durable, parmi les principes fondamentaux du droit international moderne de l'environnement¹⁰. Si certains de ces principes, dont le développement durable, visent à concilier les impératifs souvent contradictoires du développement industriel et de la protection de l'environnement, celui de l'action préventive porte exclusivement, quant à lui, sur la réduction des dommages susceptibles d'être causés à l'environnement¹¹. Comme l'indique l'adjectif, l'action préventive a vocation à être mise en œuvre avant la survenance de tout dommage environnemental. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a reconnu l'importance de cette notion en indiquant qu'elle

« ne perd[ait] pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison

⁸ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 78, par. 140.

⁹ Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, p. 326.

¹⁰ Article 3 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs (2001), cinquante-sixième session, Nations Unies, doc. A/56/10.

¹¹ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2^e éd., 2003, p. 281.

versible character of damage to the environment and of the limitations inherent in the very mechanism of reparation of this type of damage”¹².

Global Commons

15. Central to the principles of sustainable development and preventive action is the core idea of common custody over the earth’s resources and that stewardship over the environment cannot end at the border of a nation-State. These values of good neighbourliness and co-operation¹³ are based on the maxim of *sic utere tuo ut alienum non laedas*¹⁴. Indeed, a logical corollary of the foundational principle under international law that each nation is sovereign over its own territory, is that if one nation deleteriously affects the territory of another, certain obligations and/or liabilities might arise.

16. One expression of this imperative can be found in Principle 24 of the Stockholm Declaration, which urges the need for such co-operation :

“International matters concerning the protection and improvement of the environment should be handled in a co-operative spirit by all countries, big and small, on an equal footing.

Co-operation through multilateral or bilateral arrangements or other appropriate means is essential to effectively control, prevent, reduce and eliminate adverse environmental effects resulting from activities conducted in all spheres, in such a way that due account is taken of the sovereignty and interests of all States.”¹⁵

Precautionary Principle

17. The precautionary principle aims to provide guidance in development and application of international environmental law where there is scientific uncertainty¹⁶. Although the precautionary principle is an important one, its status in international law is still evolving. Its core ethos, however, is captured by Principle 15 of the Rio Declaration :

“In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where

¹² *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 78. para. 140.

¹³ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., 2003, p. 249; Report of the International Law Commission, Draft Principles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with Commentaries (2001), 56th Session, UN doc. A/56/10, Art. 4.

¹⁴ “Use your own property in such a way that you do not injure other people’s”, *Oxford Dictionary of Law*, 7th ed., 2009, 2014 online version.

¹⁵ The United Nations Conference on the Human Environment (1972) convened by United Nations General Assembly res. 2398 (XXIII).

¹⁶ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., 2003, p. 267.

du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages»¹².

L'indivis mondial

15. Les principes du développement durable et de l'action préventive reposent sur l'idée maîtresse voulant que les ressources de la planète fassent partie d'un patrimoine commun et que la responsabilité qui s'impose à chaque Etat à leur égard ne connaisse pas de frontière. Ces valeurs de bon voisinage et de coopération¹³ sont fondées sur l'adage latin *sic utere tuo ut alienum non laedas*¹⁴. En effet, le principe fondamental de droit international qui consacre la souveraineté de toute nation sur son territoire a pour corollaire logique que, en portant préjudice au territoire d'une autre, elle assume certaines obligations et/ou engage sa responsabilité.

16. Cet impératif de coopération trouve son expression dans le principe 24 de la déclaration de Stockholm, qui en souligne l'importance en ces termes :

«Les questions internationales se rapportant à la protection et à l'amélioration de l'environnement devraient être abordées dans un esprit de coopération par tous les pays, grands ou petits, sur un pied d'égalité.

Une coopération par voie d'accords multilatéraux ou bilatéraux ou par d'autres moyens appropriés est indispensable pour limiter efficacement, prévenir, réduire et éliminer les atteintes à l'environnement résultant d'activités exercées dans tous les domaines, et ce dans le respect de la souveraineté et des intérêts de tous les Etats.»¹⁵

Le principe de précaution

17. Le principe de précaution vise à orienter l'élaboration et l'application du droit international de l'environnement en cas d'incertitude scientifique¹⁶. Malgré son importance, sa place en droit international demeure mouvante, bien que les valeurs essentielles qui le sous-tendent aient été consacrées par le principe 15 de la déclaration de Rio :

«Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités.

¹² *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 78, par. 140.

¹³ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2^e éd., 2003, p. 249; article 4 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs (2001), cinquante-sixième session, Nations Unies, doc. A/56/10.

¹⁴ «Use de ton propre bien de manière à ne pas porter préjudice au bien d'autrui», *Oxford Dictionary of Law*, 7^e éd., 2009, version en ligne (2014).

¹⁵ Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain (1972), convoquée par l'Assemblée générale des Nations Unies, résolution 2398 (XXIII).

¹⁶ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2^e éd., 2003, p. 267.

there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”¹⁷

18. There exists some confusion in the international community with regard to this principle as it has been provided for in many conventions though in different language. Certain conventions couch this principle in terms similar to progressive realization of enhanced scientific capabilities and available knowledge¹⁸. This principle was urged before the Court by New Zealand (as well as all five intervening nations) in *Nuclear Tests II*¹⁹. However, in that Order the Court did not make any finding as to the applicability of the precautionary principle. Nearly two decades later, and despite being urged by New Zealand as an intervening State, the Court did not take into account the precautionary principle in its analysis during the *Whaling in the Antarctic*²⁰ case. This was pointed out in the separate opinions of Judge Cañado Trindade²¹ and Judge *ad hoc* Charlesworth²².

Polluter Pays Principle

19. The principle of polluter pays²³ might be looked at as a retrospective method of allocating loss after an incident resulting in transboundary harm has already occurred. This principle could contribute to enhancing economic efficiency²⁴ in the case of an incident that causes transboundary

¹⁷ United Nations Conference on Environment and Development, Rio Declaration on Environment and Development, UN doc. A/Conf.151/26 (1992).

¹⁸ International Convention for the Regulation of Whaling, 161 United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, 1946, signed at Washington, D.C.; Convention concerning the Protection of Workers against Ionising Radiations (entry into force: 17 June 1962), adoption: Geneva, 44th Session of the International Law Commission (22 June 1960).

¹⁹ *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) Case, Order of 22 September 1995, I.C.J. Reports 1995*, p. 288.

²⁰ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2014*, p. 226.

²¹ *Ibid.*, pp. 371-375, paras. 60-71; separate opinion of Judge Cañado Trindade.

²² *Ibid.*, pp. 455-456, paras. 6-10; separate opinion of Judge *ad hoc* Charlesworth.

²³ Report of the International Law Commission, Draft Principles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with Commentaries (2006), 58th Session, UN doc. A/61/10 (2006), pp. 145-147; UN Conference on Environment and Development, Rio Declaration on Environment and Development, UN doc. A/Conf.151/26, (1992), Principles 13 and 16.

²⁴ Alan E. Boyle, “Making the Polluter Pay? Alternatives to State Responsibility in the Allocation of Transboundary Environmental Costs” in Francesco Francioni and Tullio Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, pp. 363, 369.

En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.»¹⁷

18. Au sein de la communauté internationale, une certaine confusion entoure le principe de précaution en raison des différences marquant les diverses formules utilisées pour l'exprimer dans les conventions internationales, certaines en faisant un appel à l'amélioration progressive des capacités scientifiques et des connaissances existantes¹⁸. Il a été invoqué par la Nouvelle-Zélande (ainsi que les cinq Etats intervenants) dans le cadre de la *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*¹⁹, la Cour choisissant toutefois, dans l'ordonnance qu'elle a rendue en cette affaire, de ne pas se prononcer sur son applicabilité. Près de vingt ans plus tard, et quoiqu'elle en ait été priée par la Nouvelle-Zélande en sa qualité d'Etat intervenant, la Cour ne l'a pas davantage pris en considération dans l'analyse qu'elle a faite en l'affaire relative à la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique*²⁰, ainsi que l'ont souligné, dans l'exposé de leurs opinions individuelles respectives, le juge Cançado Trindade²¹ et le juge *ad hoc* Charlesworth²².

Le principe du pollueur payeur

19. Le principe du pollueur payeur²³ peut être considéré comme un mode de répartition *a posteriori* des pertes causées par un incident entraînant des dommages transfrontières. Il représente en pareil cas un facteur d'efficacité économique²⁴, en ce qu'il offre un moyen d'apprécier les actes

¹⁷ Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Nations Unies, doc. A/Conf.151/26 (1992).

¹⁸ Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine, signée à Washington le 2 décembre 1946, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 161; convention concernant la protection des travailleurs contre les radiations ionisantes adoptée à Genève, Commission du droit international, 44^e session, 22 juin 1960 (entrée en vigueur le 17 juin 1962).

¹⁹ *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), ordonnance du 22 septembre 1995, C.I.J. Recueil 1995*, p. 288.

²⁰ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande (intervenant)), arrêt, C.I.J. Recueil 2014*, p. 226.

²¹ *Ibid.*, p. 371-375, par. 60-71, opinion individuelle du juge Cançado Trindade.

²² *Ibid.*, p. 455-456, par. 6-10, opinion individuelle du juge *ad hoc* Charlesworth.

²³ Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs, cinquante-huitième session, Nations Unies, doc. A/61/10 (2006), p. 145-147; conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Nations Unies, doc. A/Conf.151/26 (1992), principes 13 et 16.

²⁴ Alan E. Boyle, «Making the Polluter Pay? Alternatives to State Responsibility in the Allocation of Transboundary Environmental Costs», dans Francesco Francioni et Tulio Scovazzi (dir. publ.), *International Responsibility for Environmental Harm*, p. 363 et 369.

harm, by judging the actions of polluters under a strict liability standard of care. As the concept arose from the Organization for Economic Co-operation and Development (“OECD”)²⁵ and does not have the status of a principle of general international law²⁶, it presently acts as merely a general guideline of public international law²⁷.

Transboundary Harm

20. As the preceding discussion underscores, there are a variety of overlapping principles when it comes to international environmental law, with distinct approaches and objectives, that converge upon the common conclusion that nation-States owe certain obligations toward the environment, particularly in a transboundary context. When nation-States transgress these obligations vis-à-vis their neighbours, the resultant consequences may fall under the rubric of transboundary harm.

21. There exists no single definition of transboundary harm under international law. Though the Draft Principles relating to prevention of transboundary harm by the International Law Commission (“ILC”)²⁸ do contain a definition of this concept, the idea of “risk of causing significant transboundary harm” is quite vague. Harm as per the ILC must be physical and is limited to persons, property or the environment²⁹. However, the accompanying commentary does provide some clarity in this regard and explains that the idea of risk and harm are not to be isolated, but thought of in conjunction with each other:

“For the purposes of these articles, ‘risk of causing significant transboundary harm’ refers to the combined effect of the probability of occurrence of an accident and the magnitude of its injurious impact. It is, therefore, the combined effect of ‘risk’ and ‘harm’ which sets the threshold.”³⁰

²⁵ OECD, Guiding Principles concerning International Economic Aspects of Environmental Policies, 26 May 1972, C (72), p. 128.

²⁶ Declaration on the Human Environment, Report of the UN Conference on the Human Environment (Stockholm, 1972), UN doc. A/Conf.48/14/Rev.1; Alan E. Boyle, “Making the Polluter Pay? Alternatives to State Responsibility in the Allocation of Transboundary Environmental Costs” in Francesco Francioni and Tullio Scovazzi (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, pp. 363, 369; James Crawford (ed.), *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 7th ed., 2008, p. 359; Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed., 2003, p. 281.

²⁷ Antonio Cassese, *International Law*, 2nd ed., pp. 492-493.

²⁸ Report of the International Law Commission, Draft Principles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with Commentaries (2001), 56th Session, UN doc. A/56/10.

²⁹ *Ibid.*, Art. 2 (b).

³⁰ *Ibid.*, Art. 2, Commentary 2.

des Etats pollueurs à l'aune de la norme de conduite associée à la responsabilité objective. Etabli par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)²⁵, ce principe n'est pas reconnu en tant que tel par le droit international général²⁶ et a simplement valeur de ligne directrice générale en droit international public²⁷.

Le dommage transfrontière

20. Ainsi que cela ressort des paragraphes qui précèdent, il existe en droit international de l'environnement un certain nombre de principes qui se recoupent les uns les autres et qui, bien qu'obéissant à des logiques et objectifs différents, mènent à la même conclusion : les Etats sont tenus à certaines obligations en matière d'environnement, notamment dans un contexte transfrontière. Le manquement à ces obligations envers leurs voisins peut entraîner des effets susceptibles d'être qualifiés de dommages transfrontières.

21. Il n'existe pas de définition unique du dommage transfrontière en droit international. Le projet d'articles de la Commission du droit international (CDI) sur la prévention des dommages transfrontières²⁸ en propose une, mais demeure assez vague sur la notion correspondant à la formule «risque de causer un dommage transfrontière significatif». Selon la CDI, le dommage doit être physique et se limite aux personnes, aux biens et à l'environnement²⁹. Le commentaire afférent fournit toutefois quelques indications sur ce point, en précisant notamment que les notions de risque et de dommage ne doivent pas être envisagées séparément mais, au contraire, conjointement :

«Aux fins des présents articles, l'expression «risque de causer un dommage transfrontière significatif» renvoie à l'effet combiné de la probabilité qu'un accident se produise et de l'ampleur de l'impact dommageable ainsi causé. Aussi est-ce l'effet combiné du «risque» et du «dommage» qui détermine le seuil.»³⁰

²⁵ OCDE, Principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international, 26 mai 1972, C (72), p. 128.

²⁶ Rapport de la conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, Nations Unies, doc. A/Conf.48/14/Rev.1; Alan E. Boyle, «Making the Polluter Pay? Alternatives to State Responsibility in the Allocation of Transboundary Environmental Costs», dans Francesco Francioni et Tulio Scovazzi (dir. publ.), *International Responsibility for Environmental Harm*, p. 363 et 369; James Crawford (dir. publ.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 7^e éd., 2008, p. 359; Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2^e éd., 2003, p. 281.

²⁷ Antonio Cassese, *International Law*, 2^e éd., 2003, p. 492-493.

²⁸ Projet d'articles de la Commission du droit international sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs (2001), cinquante-sixième session, Nations Unies, doc. A/56/10.

²⁹ *Ibid.*, art. 2 b).

³⁰ *Ibid.*, art. 2, commentaire 2.

The ILC also gives guidance on the meaning of the word “significant” by way of its commentary:

“The term ‘significant’ is not without ambiguity and a determination has to be made in each specific case. It involves more factual considerations than legal determination. It is to be understood that ‘significant’ is something more than ‘detectable’ but need not be at the level of ‘serious’ or ‘substantial’. The harm must lead to a real detrimental effect on matters such as, for example, human health, industry, property, environment or agriculture in other States. Such detrimental effects must be susceptible of being measured by factual and objective standards.”³¹

22. Transboundary harm has been succinctly described by this Court as “every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States”³². However, a review of the various authorities in which the concept is discussed reveals four common factors present in cases of transboundary environmental harm: firstly, the harm must be a result of human activity; secondly, the harm must result as a consequence of that human activity; thirdly, there must be transboundary effects on a neighbouring nation-State; and fourthly, the harm must be significant or substantial³³.

23. The requirement of a country contemplating a public works project that poses a risk of transboundary harm to produce an EIA can thus be seen as a tangible manifestation of these collective requirements that has gained increasing recognition amongst the community of nations. The Goals and Principles of Environmental Impact Assessment promulgated by the United Nations Environment Programme (“UNEP”) in 1987, and endorsed by the United Nations General Assembly that same year (“UNEP Principles”) demonstrate that the rise in the importance of conducting EIAs has been commensurate with the increase in the possibility of transboundary harm emanating from activities carried out by neighbouring nation-States³⁴. Moreover, when the United Nations Conference on Environment and Development, popularly known as the “Earth Summit”, was held in Rio de Janeiro in 1992, it issued its Declaration on Environment and Development (“Rio Declaration”)³⁵,

³¹ Cf. *op. cit. supra* note 28, p. 152.

³² *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 22.

³³ O. Schachter, *International Law in Theory and Practice* (1991), pp. 366-368 as referred in Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, p. 4.

³⁴ UNEP Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, UN doc. UNEP/GC/14/25, 14th Session (1987), endorsed by UNGA res. 42/184 (1987), p. 1.

³⁵ UN Conference on Environment and Development, Rio Declaration on Environment and Development, UN doc. A/Conf.151/26 (1992).

La CDI explique également, dans son commentaire, le sens du terme «significatif» :

«Le terme «significatif» n'est pas sans ambiguïté et il faut se prononcer dans chaque cas d'espèce. Il implique davantage des considérations d'ordre factuel qu'une décision juridique. Il doit être entendu que «*significatif*» est plus que «*délectable*», mais sans nécessairement atteindre le niveau de «*grave*» ou «*substantiel*». Le dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel sur des choses telles que la santé de l'homme, l'industrie, les biens, l'environnement ou l'agriculture dans d'autres Etats. Ces effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs.»³¹

22. S'agissant du dommage transfrontière, la Cour a évoqué succinctement «l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats»³². L'examen des différentes sources où la notion est analysée permet toutefois de dégager quatre caractéristiques : premièrement, le dommage doit résulter de l'activité humaine ; deuxièmement, il doit survenir en conséquence d'une telle activité ; troisièmement, il doit avoir des effets transfrontières dans un Etat voisin ; quatrièmement, il doit être significatif ou important³³.

23. L'on peut ainsi considérer que l'obligation, faite à l'Etat qui projette des travaux publics présentant un risque de dommage transfrontière, d'évaluer leur impact sur l'environnement est une manifestation concrète de ces critères communs de plus en plus largement admise au sein de la communauté des nations. Les buts et principes de l'évaluation de l'impact sur l'environnement énoncés par le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) en 1987 et approuvés par l'Assemblée générale la même année (les «principes du PNUE») témoignent de l'importance croissante accordée à ce mécanisme, laquelle reflète elle-même l'augmentation du risque de dommage transfrontière entre Etats voisins³⁴. Par ailleurs, lorsque, à la conférence des Nations Unies tenue à Rio de Janeiro en 1992 et communément désignée «Sommet de la Terre», a été adoptée la déclaration sur l'environnement et le développement (la «déclaration de Rio») ³⁵, l'obligation d'entreprendre une évaluation de l'impact sur

³¹ Cf. *op. cit. supra* note 28, p. 152.

³² *Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

³³ O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1991, p. 366-368, cité dans Xue Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, p. 4.

³⁴ Buts et principes de l'évaluation de l'impact sur l'environnement adoptés par le PNUE à sa quatorzième session, Nations Unies, doc. UNEP/GC/14/25 (1987), et approuvés par l'Assemblée générale par sa résolution A/RES/42/184 (1987), p. 1.

³⁵ Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Nations Unies, doc. A/Conf.151/26 (1992).

the obligation to undertake an EIA already existed in many international law instruments³⁶.

24. However, despite the burgeoning acceptance of this obligation under international law, discerning the exact procedural and substantive requirements of an EIA has proven elusive. Indeed, the present-day régime governing EIAs consists of a patchwork of different international law instruments, including UNGA resolutions³⁷, the UNEP Principles³⁸, the Rio Declaration³⁹ and a host of multilateral conventions⁴⁰.

25. For example, the Rio Declaration does not dictate the contents of an EIA, but rather simply states that: “Environmental impact assessment, as a national instrument, shall be undertaken for proposed activities that are likely to have a significant adverse impact on the environment and are subject to a decision of a competent national authority”.⁴¹

26. Moreover, the UNEP Principles define an EIA in similarly vague language, describing it merely as “a process of identifying, predicting, interpreting and communicating the potential impacts that a proposed project or plan may have on the environment”⁴².

27. Another pertinent example is the Convention on Biological Diversity (“CBD”)⁴³, also an outcome of the Earth Summit at Rio de Janeiro⁴⁴, to which both Parties in the present case are signatories. It contains the requirement to conduct an EIA in situations giving rise to “significant

³⁶ Convention on Biological Diversity, 1760 *UNTS*, p. 79, signed on 5 June 1992 at Rio de Janeiro; UN Convention on the Law of the Sea, 1833 *UNTS*, p. 320, signed on 10 December 1982 at Montego Bay.

³⁷ Co-operation between States in the Field of the Environment, General Assembly res. 2995 (XXVII), UNGAOR 27th Session, Supplement No. 30 (1972), para. 2.

³⁸ UNEP Principles on Conservation and Harmonious Utilization of Natural Resources Shared by Two or More States, 17 *International Legal Materials (ILM)* 1094, UN doc. UNEP/IG.12/2 (1978), Principle 4; UNEP Goals and Principles of Environmental Impact Assessment, UN doc. UNEP/GC/14/25, 14th Session (1987), endorsed by United Nations General Assembly, res. 42/184, UNGAOR 42nd Session, UN doc. A/Res/42/184 (1987).

³⁹ UN Conference on Environment and Development, Rio Declaration, 14 June 1992, 31 *ILM* 874, UN doc. A/Conf.151/5/Rev.1, Principle 17.

⁴⁰ Convention on Biological Diversity, 1760 *UNTS*, p. 79, signed on 5 June 1992 at Rio de Janeiro; UN Convention on the Law of the Sea, 1833 *UNTS*, p. 320, signed on 10 December 1982 at Montego Bay.

⁴¹ UN Conference on Environment and Development, Rio Declaration, 14 June 1992, 31 *ILM* 874, UN doc. A/Conf.151/5/Rev.1, Principle 17.

⁴² UNEP Principles on EIA, p. 1.

⁴³ 1760 *UNTS*, p. 79, signed on 5 June 1992 at Rio de Janeiro.

⁴⁴ UN Conference on Environment and Development, Rio Declaration on Environment and Development, UN doc. A/Conf.151/26 (1992).

l'environnement avait déjà été énoncée dans de nombreux textes juridiques internationaux³⁶.

24. Si cette obligation jouit aujourd'hui d'une reconnaissance accrue en droit international, il s'avère toutefois difficile d'en discerner les règles procédurales et substantielles précises. En effet, le régime actuel en la matière est constitué d'une mosaïque de textes internationaux, parmi lesquels des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies³⁷, les principes du PNUE³⁸, la déclaration de Rio³⁹ et un certain nombre de conventions multilatérales⁴⁰.

25. Ainsi, au lieu d'en définir la substance, la déclaration de Rio indique simplement qu'«[u]ne étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente».⁴¹

26. Les principes établis par le PNUE ne sont guère plus explicites et se bornent à définir l'évaluation de l'impact environnemental comme un «processus visant à déterminer, prévoir, interpréter et faire connaître les effets que pourrait avoir sur l'environnement une activité projetée ou programmée»⁴².

27. L'on peut également citer la convention sur la diversité biologique⁴³, conclue elle aussi à la suite du Sommet de la Terre tenu à Rio de Janeiro⁴⁴ et dont sont signataires les deux Parties à la présente affaire. Cette convention énonce l'obligation d'évaluer l'impact sur l'environne-

³⁶ Convention sur la diversité biologique, signée à Rio de Janeiro le 5 juin 1992, Nations Unies, *RTNU*, vol. 1760, p. 79; convention des Nations Unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982, Nations Unies, *RTNU*, vol. 1833, p. 320.

³⁷ Coopération entre les Etats dans le domaine de l'environnement, résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale, Nations Unies, documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-septième session, supplément n° 30 (1972), par. 2.

³⁸ PNUE, principes en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats, *International Legal Materials (ILM)*, vol. 17, p. 1094, Nations Unies, doc. UNEP/IG.12/2 (1978), principe 4; buts et principes de l'évaluation de l'impact sur l'environnement adoptés par le PNUE à sa quatorzième session, Nations Unies, doc. UNEP/GC/14/25 (1987), et approuvés par l'Assemblée générale par sa résolution A/RES/42/184 (1987).

³⁹ Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Nations Unies doc. A/Conf.151/5/Rev.1 (1992), principe 17.

⁴⁰ Convention sur la diversité biologique, signée à Rio de Janeiro le 5 juin 1992, Nations Unies, *RTNU*, vol. 1760, p. 79; convention des Nations Unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982, Nations Unies, *RTNU*, vol. 1833, p. 320.

⁴¹ Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, déclaration de Rio du 14 juin 1992, Nations Unies, doc. A/Conf.151/5/Rev.1 (1992), principe 17.

⁴² PNUE, buts et principes de l'évaluation de l'impact sur l'environnement, p. 1.

⁴³ Signée à Rio de Janeiro le 5 juin 1992, Nations Unies, *RTNU*, vol. 1760, p. 79.

⁴⁴ Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Nations Unies, doc. A/Conf.151/26 (1992).

adverse effects on biological diversity”⁴⁵ but does not provide any further elucidation as to the practical implications of this responsibility.

28. Finally, in the *Pulp Mills* Judgment of 2010, upon which the present Judgment has placed considerable emphasis, this Court noted:

“a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource. Moreover, due diligence, and the duty of vigilance and prevention which it implies, would not be considered to have been exercised, if a party planning works liable to affect the régime of the river or the quality of its waters did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works.

.....

The Court also considers that an environmental impact assessment must be conducted prior to the implementation of a project. Moreover, once operations have started and, where necessary, throughout the life of the project, continuous monitoring of its effects on the environment shall be undertaken.”⁴⁶

However, in the same section of that Judgment, the Court opined that

“it is the view of the Court that it is for each State to determine in its domestic legislation or in the authorization process for the project, the specific content of the environmental impact assessment required in each case, having regard to the nature and magnitude of the proposed development and its likely adverse impact on the environment as well as to the need to exercise due diligence in conducting such an assessment”.⁴⁷

29. Thus, we see that while the *Pulp Mills* Judgment elevated the practice of conducting an EIA to an imperative under general international law when certain preconditions are met, at the same time it allowed for a *renvoi* to domestic law in terms of the procedure and content required when carrying out such an assessment. In view of the paucity of guidance from the Court and other sources of international law, it could plausibly be argued there are presently no minimum binding standards under pub-

⁴⁵ Convention on Biological Diversity, signed on 5 June 1992 at Rio de Janeiro, 1760 UNTS, p. 79, Art. 14 (1).

⁴⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I), pp. 83-84, paras. 204-205.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 83, para. 205.

ment de tout projet susceptible de «nuire sensiblement à la diversité biologique»⁴⁵, sans toutefois en préciser les conséquences pratiques.

28. Enfin, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2010 dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier* et auquel il a été accordé une grande importance dans le présent arrêt, la Cour s'est référée à

«une pratique acceptée si largement par les Etats ces dernières années que l'on peut désormais considérer qu'il existe, en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée. De plus, on ne pourrait considérer qu'une partie s'est acquittée de son obligation de diligence, et du devoir de vigilance et de prévention que cette obligation implique, dès lors que, prévoyant de réaliser un ouvrage suffisamment important pour affecter le régime du fleuve ou la qualité de ses eaux, elle n'aurait pas procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement permettant d'apprécier les effets éventuels de son projet.

.....

La Cour estime par ailleurs qu'une évaluation de l'impact sur l'environnement doit être réalisée avant la mise en œuvre du projet. En outre, une fois les opérations commencées, une surveillance continue des effets dudit projet sur l'environnement sera mise en place, qui se poursuivra au besoin pendant toute la durée de vie du projet.»⁴⁶

Dans le même passage de l'arrêt, la Cour a toutefois ajouté qu'elle

«estime qu'il revient à chaque Etat de déterminer, dans le cadre de sa législation nationale ou du processus d'autorisation du projet, la teneur exacte de l'évaluation de l'impact sur l'environnement requise dans chaque cas en prenant en compte la nature et l'ampleur du projet en cause et son impact négatif probable sur l'environnement, ainsi que la nécessité d'exercer, lorsqu'il procède à une telle évaluation, toute la diligence requise.»⁴⁷

29. L'on voit donc que, dans son arrêt en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour a érigé en obligation au titre du droit international général, dès lors que certaines conditions sont réunies, la pratique consistant à effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement, tout en renvoyant au droit interne pour ce qui est des exigences applicables à la façon de procéder et à la substance de l'évaluation. L'on serait fondé à soutenir, étant donné le peu d'orientations fournies par la Cour

⁴⁵ Convention sur la diversité biologique, signée à Rio de Janeiro le 5 juin 1992, Nations Unies, *RTNU*, vol. 1760, p. 79, art. 14, par. 1.

⁴⁶ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 83-84, par. 204-205.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 83, par. 205.

lic international law that nation-States must follow when conducting an EIA.

30. One reason for the lack of clarity as to what exactly a nation-State must do under international law to discharge its burden of conducting an EIA under these various authorities could be that the extent of the obligations arising under such instruments are difficult to define with precision. Some have suggested that this lack of precision is attributable to the fact that such assessments are a policy instrument⁴⁸. Whatever the reason, the situation as it currently stands is less than ideal.

BASIC REQUIREMENTS OF AN EIA UNDER CONTEMPORARY PUBLIC INTERNATIONAL LAW

31. To discern the current state of the law on this point, one must endeavour to assimilate the various international law instruments that impose upon nation-States an obligation to conduct an EIA and synthesize the obligations imposed thereunder. Notwithstanding the lack of guidance under general international law and other binding or hortatory instruments, as the present Judgment at paragraphs 147-155 demonstrates, there are three cumulative stages that must be fulfilled when it comes to assessing the impact of a proposed project in a case of possible transboundary harm. The first stage is to conduct a preliminary assessment measuring the possibility of transboundary harm. In the present case, we see the Court has looked at the magnitude of the road project and local geographic conditions in assessing that a preliminary assessment by Costa Rica was warranted as to the possibility of harm to the San Juan River (Judgment, para. 155). If a preliminary assessment determines that there is a risk of significant transboundary harm, then the State has no choice but to conduct an EIA. The actual production of this document constitutes the second stage of the overall process, and entails certain corollary procedural obligations such as the duty to notify and consult the affected neighbouring nation-State (*ibid.*, para. 168). The third and final stage of this process is that of post-project assessment (*ibid.*, para. 161). This is in keeping with the Court's reasoning in the *Pulp Mills* Judgment that "once operations have started and, where necessary, throughout the life of the project, continuous monitoring of its effects on the environment shall be undertaken"⁴⁹.

32. In my respectful view, what appears to be missing in this analysis by the Court is what specific obligations arise during *stage two* of this

⁴⁸ Neil Craik, *The International Law of Environmental Impact Assessment*, Cambridge University Press, 2008, pp. 3-6.

⁴⁹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I), pp. 83-84, para. 205.

et les autres sources de droit international, qu'il n'existe aujourd'hui aucune norme minimale contraignante de droit international public en matière d'évaluation de l'impact sur l'environnement.

30. L'incertitude entourant ce que doit faire un Etat, en droit international, pour s'acquitter de la charge que lui imposent ces différentes sources en matière d'évaluation de l'impact environnemental tient peut-être à la difficulté de définir précisément la portée des obligations qui en découlent, difficulté que certains juristes expliquent par la dimension politique de l'évaluation⁴⁸. En tout état de cause, la situation actuelle est loin d'être idéale.

LES EXIGENCES MINIMALES DE L'ÉVALUATION DE L'IMPACT SUR L'ENVIRONNEMENT EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC CONTEMPORAIN

31. Pour définir l'état actuel du droit sur ce point, il convient de procéder à l'inventaire des différents textes juridiques internationaux imposant aux Etats de conduire une évaluation de l'impact sur l'environnement, pour ensuite faire la synthèse des obligations qui en découlent. Même s'il y a peu d'éléments à tirer du droit international général ou des textes contraignants ou incitatifs, ainsi que le montrent les paragraphes 147-155 du présent arrêt, il existe trois étapes essentielles à respecter. La première consiste à mener une évaluation préliminaire pour apprécier la probabilité de dommages transfrontières. En la présente affaire, on voit que la Cour, ayant pris en considération l'ampleur du projet routier et la géographie locale, a conclu que le Costa Rica était tenu de ce faire pour mesurer la probabilité que des dommages soient causés au fleuve San Juan (arrêt, par. 155). Lorsque l'évaluation préliminaire révèle qu'il existe un risque de dommage transfrontière important, l'Etat promoteur n'a d'autre choix que de procéder à une évaluation en bonne et due forme de l'impact sur l'environnement. La production concrète du rapport en découlant, qui constitue la deuxième étape du processus, s'accompagne d'un certain nombre d'obligations connexes d'ordre procédural telles que la notification et la consultation dues à l'Etat voisin affecté (*ibid.*, par. 168). La troisième et dernière étape est celle de l'évaluation *a posteriori* (*ibid.*, par. 161), conformément au raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt rendu en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, où elle a dit que, «une fois les opérations commencées, une surveillance continue des effets dudit projet sur l'environnement sera mise en place, qui se poursuivra au besoin pendant toute la durée de vie du projet»⁴⁹.

32. L'analyse effectuée par la Cour sur ce point me paraît incomplète en ce qu'elle n'indique pas précisément quelles sont les obligations asso-

⁴⁸ Neil Craik, *The International Law of Environmental Impact Assessment*, Cambridge University Press, 2008, p. 3-6.

⁴⁹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 84, par. 205.

process. In attempt to fill this lacuna, the present opinion will offer suggestions as to appropriate minimum standards that should be fulfilled by any nation-State conducting an EIA. In this regard, the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (“Espoo Convention”)⁵⁰ drafted by the United Nations Economic Commission for Europe (“UNECE”) provides, in my view, an exemplary standard for the process to be followed when conducting an EIA. In making this statement, I readily concede that the Espoo Convention is primarily a regional instrument designed to regulate transboundary harm in a European context. Because international law is grounded in the bedrock principle of consent between sovereign nation-States, and bearing in mind that the present case arises in the geopolitical context of Latin America, I am acutely aware that one cannot simply interpose the obligations arising under this regional treaty to non-signatories from other parts of the world. Indeed, criticism has been levied against the Espoo Convention as it derives its obligations from the domestic legislation of highly developed nations, which reduces the probability of ratification⁵¹.

33. Taking such valid criticism into account, but also noting that the Espoo Convention contains a provision that allows for non-European nation-States to join it⁵², I believe that it is helpful to consider the Espoo Treaty as a standard that nation-States should strive toward, as it contains novel and progressive guidelines that the community of nations would be well served to treat as persuasive authority in creating a more comprehensive global régime regarding the required content of transboundary EIAs under public international law. If the international community were to come together for the purpose of putting in place a convention dealing with transboundary EIAs, I propose that the Espoo Convention would constitute a very useful starting-point.

ESPOO CONVENTION: A BRIEF OVERVIEW

34. I shall now consider what are, in my opinion, certain important characteristics of the Espoo Convention that lay out what may be considered “best practices” in carrying out transboundary EIAs.

35. Article 2 (6) of the Convention places heavy emphasis on the need for public participation of the likely affected population(s). The form that this obligation takes under the Convention requires that the State propos-

⁵⁰ *UNTS*, Vol. 1989, p. 309.

⁵¹ John H. Knox, «Assessing the Candidates for a Global Treaty on Transboundary Environmental Impact Assessment», 12 *NYU Envtl. L.J.* 153 (2003).

⁵² Report of the Second Meeting [of the Parties to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context] UN doc. ECE/MP.EIA/4 (2001), p. 144, Ann. XIV.

ciées à la deuxième étape du processus. C'est pour tenter de remédier à cette lacune que je me permets de formuler ici quelques propositions concernant les exigences minimales auxquelles devrait satisfaire l'Etat qui effectue une évaluation de l'impact sur l'environnement. A cet égard, la convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (la « convention d'Espoo »)⁵⁰, établie par la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, expose de manière remarquable, à mon sens, la démarche à adopter, même si j'admets volontiers qu'il s'agit avant tout d'un texte de portée régionale conçu pour réglementer les dommages transfrontières dans le contexte européen. Le droit international reposant sur le principe fondamental du consentement entre Etats nations et étant donné que la présente affaire s'est fait jour dans le contexte géopolitique de l'Amérique latine, j'ai bien conscience que l'on ne peut se contenter d'imposer les obligations découlant de ce traité régional à des Etats d'autres régions du monde qui n'y sont pas parties. On a d'ailleurs reproché à la convention d'Espoo d'énoncer des obligations découlant du droit interne des pays les plus développés, ce qui rend sa ratification problématique⁵¹.

33. Compte tenu non seulement de ces critiques légitimes, mais également du fait qu'elle comporte une disposition en ouvrant l'adhésion aux Etats non européens⁵², j'estime que la convention d'Espoo pourrait servir de norme de référence, la communauté des nations ayant tout intérêt à s'inspirer des orientations novatrices et progressistes qu'elle propose, en vue d'établir un régime mondial plus complet en ce qui concerne les éléments essentiels de l'évaluation de l'impact environnemental transfrontière en droit international public. Si la communauté internationale devait se mobiliser pour la mise en place d'un accord en la matière, la convention d'Espoo offrirait, selon moi, un excellent point de départ.

APERÇU DE LA CONVENTION D'ESPOO

34. J'examinerai à présent certaines des caractéristiques de la convention d'Espoo qui me paraissent importantes et qui correspondent à ce que l'on peut considérer comme des « pratiques optimales » en matière d'évaluation de l'impact environnemental transfrontière.

35. Le paragraphe 6 de l'article 2 de la convention souligne avec insistance l'importance de la participation de la ou des populations éventuellement concernées. Telle qu'elle est énoncée par la convention, cette

⁵⁰ Nations Unies, *RTNU*, vol. 1989, p. 309.

⁵¹ John H. Knox, « Assessing the Candidates for a Global Treaty on Transboundary Environmental Impact Assessment », *NYU Environmental Law Journal*, vol. 12, 2003, p. 153.

⁵² Rapport de la deuxième réunion [des parties à la convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière], Nations Unies, doc. ECE/MP.EIA/4, 2001, p. 144, annexe XIV.

ing the project allow for the participation of not only its own affected population but that of the potentially affected neighbouring State as well. The notion that international law has begun to pay more attention to individuals is demonstrated by the requirement of public participation⁵³. This concept of public participation expands upon prior pronouncements contained in Principle 10 of the Rio Declaration⁵⁴. However, it should be noted that the notion that there is a duty to consult affected populations was rejected by the Judgment of this Court in the *Pulp Mills* case⁵⁵.

36. Article 3 of the Convention requires the nation proposing a project to notify a potentially affected neighbouring nation-State regarding any proposed activity that is likely to cause a “significant adverse transboundary impact”. There is, naturally, great debate about the extent of the obligation that this phrase entails. A country proposing a project might argue that any impact is neither significant nor adverse, and thus escapes the ambit of Article 3. In fact this seems to be a similar threshold provided for by the Judgment, i.e., “risk of significant adverse impact” (Judgment, para. 167). This provision also lays down all the information one State must provide to another. Article 3 (7) stipulates that if there is a question that an activity will have a significant impact or not then the question is to be settled by an inquiry commission.

37. Article 5 of the Convention requires consultations with the affected State, to give recommendations to the State of origin methods for the reduction or the elimination of the harmful impact. This allows for a more amicable settling of disputes and problems arising out of a particular project.

38. Article 6 of the Convention outlines that a final decision regarding a proposed project is to be made with due regard to the conclusion of the EIA. This provision requires transmitting the final decision to the

⁵³ Simon Marsden, “Public Participation in Transboundary Environmental Impact Assessment: Closing the Gap between International and Public Law”, in Brad Jessup and Kim Rubenstein, *Environmental Discourses in Public and International Law*, p. 238.

⁵⁴ Principle 10:

“Environmental issues are best handled with the participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the national level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and the opportunity to participate in decision-making processes. States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy, shall be provided.”

⁵⁵ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I), pp. 86-87, paras. 215-219: “The Court is of the view that no legal obligation to consult the affected populations arises for the Parties from the instruments invoked by Argentina.” (Para. 216.)

obligation exige de l'Etat promoteur qu'il veille à la participation non seulement de sa propre population, mais également de celle de l'Etat voisin susceptible d'être touché. Cette condition relative à la participation publique met en exergue l'importance accrue qu'accorde désormais le droit international à l'individu⁵³. Elle fait fond sur des énoncés figurant déjà dans le principe 10 de la déclaration de Rio⁵⁴, mais il convient de relever que, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour s'est refusée à reconnaître l'existence d'une obligation de consultation des populations concernées⁵⁵.

36. L'article 3 de la convention impose une obligation de notification envers l'Etat voisin susceptible d'être concerné par tout projet risquant d'avoir un «impact transfrontière préjudiciable important». Il va sans dire que la portée de l'obligation découlant de cette formule prête à controverse, l'Etat d'origine pouvant toujours faire valoir que l'impact n'est ni préjudiciable ni important, et échapper ainsi à l'application de l'article 3. Il semble que, dans le présent arrêt, la Cour ait retenu un critère analogue, soit l'existence d'un «risque d'impact préjudiciable important» (par. 167). L'article précité énumère par ailleurs toutes les informations que l'Etat doit fournir à son voisin. Son paragraphe 7 précise que, en cas de désaccord sur le point de savoir si une activité aura un impact important, la question est tranchée par une commission d'enquête.

37. Aux termes de l'article 5 de la convention, des consultations doivent être menées avec l'Etat touché, dans le cadre desquelles ce dernier peut adresser à l'Etat d'origine des recommandations visant à réduire ou à éliminer l'impact préjudiciable, ce qui permet de favoriser un règlement amiable des différends et des problèmes susceptibles de surgir.

38. Selon l'article 6 de la convention, il convient de tenir dûment compte de la conclusion à laquelle aboutit l'évaluation de l'impact environnemental au moment de prendre la décision définitive concernant

⁵³ Simon Marsden, «Public Participation in Transboundary Environmental Impact Assessment: Closing the Gap between International and Public Law», dans Brad Jessup et Kim Rubenstein, *Environmental Discourses in Public and International Law*, p. 238.

⁵⁴ Principe 10:

«La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décision. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré.»

⁵⁵ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 86-87, par. 215-219: «La Cour estime qu'aucune obligation juridique de consulter les populations concernées ne découle pour les Parties des instruments invoqués par l'Argentine.» (Par. 216.)

affected party, along with reasons and considerations on which a decision is based.

39. Article 15 of the Convention discusses the settlement of disputes if they arise between parties. The dispute might either be settled by way of arbitration or by this Court. Regrettably, there is no specific provision dealing with reparations or compensation of any kind.

40. Importantly, Appendix I has a non-exhaustive list of activities that require conducting an EIA, in the manner prescribed under Appendix II of the Convention. Thus, for the purpose of ascertaining minimum requirements it is helpful to refer to Appendix II of the Convention as it lays down what the content of an EIA must be. Additionally, Appendix III provides guidance in deciding whether an activity would fall within the list provided in Appendix I.

SUGGESTED MINIMUM STANDARDS FOR EIA UNDER INTERNATIONAL LAW

41. This part outlines certain minimum standards to be followed in cases where there is no domestic legislation that guides an EIA. These minimum standards reflect in large part my affinity toward the ambitious approach taken in the Espoo Convention. However, rather than using the sometimes onerous obligations arising from that treaty as the requisite minimum standard for every country, in every context, I have instead laid out what, in my considered opinion, ought to be adopted as the lowest common denominator while conducting an EIA. These minimum standards may be broken down into procedural and substantive obligations. In my opinion, procedural obligations of an EIA would relate to when and under what circumstances such an assessment must be carried out, whereas substantive obligations refer to what must be done by a nation-State when conducting an EIA.

Procedural Obligations

42. Procedural obligations arising out of the obligation to perform an EIA arise out of questions of when an EIA is to be conducted. Presently, an EIA is required to be conducted when there is “risk of significant adverse impact” (Judgment, para. 167). A nation-State contemplating a project might claim that the risk of harm is not significant and therefore there exists no obligation to conduct an EIA. However, to avoid the possibility that countries may abuse their discretion in labelling certain activities as environmentally benign, I suggest that the best approach to take lies in the Espoo Convention, which lays down certain types of industries for which there is an automatic requirement to conduct an EIA if the said activities are being proposed near an international border. To that end, I

l'activité proposée, cette décision devant être transmise à la partie touchée avec l'ensemble des motifs et des considérations sur lesquels elle repose.

39. L'article 15 de la convention porte sur le règlement des différends pouvant se faire jour entre les parties, lesquels sont soumis à l'arbitrage ou tranchés par la Cour. On ne peut que regretter l'absence de disposition spécifique en matière de réparation ou d'indemnisation.

40. Il importe d'ajouter que l'appendice I fournit une liste non exhaustive d'activités dont l'impact sur l'environnement doit être évalué selon les modalités prévues à l'appendice II. Il est donc utile, en vue de dégager les exigences minimales en la matière, de se référer à l'appendice II de la convention, qui énumère les éléments de l'évaluation. L'appendice III propose par ailleurs des lignes directrices pour déterminer si une activité relève de la liste figurant à l'appendice I.

PROPOSITIONS CONCERNANT LES EXIGENCES MINIMALES APPLICABLES
EN DROIT INTERNATIONAL À L'ÉVALUATION DE L'IMPACT
SUR L'ENVIRONNEMENT

41. La présente partie expose un certain nombre d'exigences minimales à respecter en l'absence de législation interne applicable concernant l'évaluation de l'impact sur l'environnement. Ces exigences traduisent, pour l'essentiel, mon inclination en faveur de la démarche ambitieuse adoptée dans la convention d'Espoo. Mais plutôt que d'imposer à tous les pays, indépendamment de leur situation propre, des conditions minimales calquées sur les obligations parfois lourdes qu'énonce ce traité, j'ai préféré présenter ce qui, après mûre réflexion, constitue à mon sens le plus petit dénominateur commun à retenir pour l'évaluation de l'impact sur l'environnement. A ces exigences minimales correspondent des obligations de nature tant procédurale que substantielle. En matière d'évaluation de l'impact environnemental, les obligations d'ordre procédural se rapportent selon moi aux modalités de temps et autres de l'évaluation, tandis que les obligations de fond concernent ce qui doit être fait dans ce cadre.

Obligations de nature procédurale

42. Les aspects procéduraux de l'obligation d'évaluer l'impact environnemental dépendent de la question de savoir quand il y a lieu d'y procéder. A l'heure actuelle, l'évaluation est requise lorsqu'il existe un «risque d'impact préjudiciable important» (arrêt, par. 167). L'Etat projetant une activité pourrait soutenir que le risque de dommage n'est pas important et qu'il n'existe, par conséquent, aucune obligation de conduire une évaluation. Or, pour contrer la tentation de minimiser le risque posé, la meilleure solution est, selon moi, celle retenue dans la convention d'Espoo, qui énumère certains types d'activités exigeant systématiquement l'évaluation de l'impact environnemental lorsque le projet en question est à mettre en œuvre à proximité d'une frontière internationale. Je rappellerai

recall my observation above that Appendix 1 to the Espoo Convention lists a number of activities that require an EIA per se⁵⁶. However, the fact that a project does not appear on this list does not mean it cannot be subject to an EIA. For instance, there might be other types of activities not contemplated within Appendix 1 of the Espoo Convention, but which might still produce dangerous pollutants or effluents as a by-product. Those activities must also be recognized as harmful, thus giving rise to EIA obligations. To this end, Appendix III of the Espoo Convention contains general criteria to assist in the determination of the environmental significance of various activities.

43. Once it is established that a certain activity requires that an EIA be carried out, nation-States may invoke certain exemptions that would relieve them of their obligation to conduct an EIA. Such pleas may include natural disasters, nuclear disasters, terrorism, internal disturbance or emergency, among others. If such a claim is made by a nation it has to be well substantiated and the burden of proof, which would lie with the country proposing the project, must be high.

44. It should be remembered that even private companies might propose projects near an international border. It is then the responsibility of

⁵⁶ 1. Crude oil refineries; 2. Thermal and nuclear power stations; 3. Any type of work that requires or uses nuclear elements (for any purpose, as fuel, for storage, or as fissionable material); 4. Smelting of cast iron and steel; 5. Any type of work that requires or uses asbestos for any purpose; 6. Integrated chemical installations; 7. Construction of motorways, express roads, railways, airports with runways of more than 2,100 m; 8. Large-diameter pipelines for the transport of oil, gas or chemicals; 9. Trading ports and also inland waterways and ports for inland-waterway traffic which permit the passage of vessels of over 1,350 metric tons; 10. Waste-disposal installations for the incineration, chemical treatment or landfill of toxic and dangerous wastes, or if it is non-hazardous waste then chemical treatment of the same waste with a capacity increasing 100 metric tonnes per day; 11. Dams and reservoirs; 12. Groundwater abstraction activities or artificial groundwater recharge schemes where the annual volume of water to be abstracted or recharged amounts to 10 million cubic metres or more; 13. Pulp, paper and board manufacturing of 200 air-dried metric tons or more per day; 14. Major quarries, mining, on-site extraction and processing of metal ores or coal; 15. Offshore hydrocarbon production, extraction of petroleum and natural gas for commercial purposes where the amount extracted exceeds 500 metric tons/day in the case of petroleum and 500,000 cubic metres/day in the case of gas; 16. Major storage facilities for petroleum, petrochemical and chemical products. 17. Deforestation of large areas; 18. Works for the transfer of water resources between river basins; 19. Waste-water treatment plants with a capacity exceeding 150,000 population equivalent; 20. Installations for the intensive rearing of poultry or pigs with more than: 85,000 places for broilers, 60,000 places for hens, 3,000 places for production pigs (over 30 kg), or 900 places for sows; 21. Construction of overhead electrical power lines with a voltage of 220 kV or more and a length of more than 15 km; 22. Major installations for the harnessing of wind power for energy production (wind farms).

à cet égard que, ainsi que je l'ai fait observer ci-dessus, l'appendice I de la convention d'Espoo recense un certain nombre d'activités requérant automatiquement une évaluation⁵⁶. Le fait qu'un projet ne soit pas mentionné dans la liste ne signifie toutefois pas qu'il échappe à cette obligation. Il peut ainsi exister d'autres types d'activités qui, bien que non envisagées à l'appendice I de la convention d'Espoo, sont susceptibles de causer indirectement la production de polluants ou d'effluents dangereux, et doivent, elles aussi, être tenues pour préjudiciables et déclenchant l'obligation d'en évaluer l'impact environnemental. L'appendice III de la convention d'Espoo définit, à cet effet, des critères généraux à appliquer pour déterminer l'incidence des activités sur l'environnement.

43. Lorsqu'il est établi qu'une activité donnée nécessite la réalisation d'une évaluation de l'impact sur l'environnement, l'Etat est admis, pour s'exonérer de son obligation à cet égard, à invoquer certaines circonstances telles que les catastrophes naturelles, les accidents nucléaires, le terrorisme, les troubles intérieurs ou l'état d'urgence. Il lui incombe alors de démontrer les faits allégués et ce, selon un critère élevé d'établissement de la preuve.

44. Il y a lieu de rappeler qu'une entreprise privée peut elle aussi être à l'origine d'un projet à mettre en œuvre à proximité d'une frontière. Il est

⁵⁶ 1. Raffineries de pétrole; 2. Centrales thermiques et nucléaires ; 3. Tout ouvrage nécessitant ou utilisant des éléments nucléaires (à quelque fin que ce soit, en tant que combustibles, pour le stockage ou en tant que matières fissiles); 4. Elaboration de la fonte et de l'acier; 5. Tout ouvrage nécessitant ou utilisant de l'amiante à quelque fin que ce soit; 6. Installations chimiques intégrées; 7. Construction d'autoroutes, de routes express, de lignes de chemin de fer, d'aéroports dotés d'une piste principale d'une longueur égale ou supérieure à 2100 mètres; 8. Canalisations de grande section pour le transport d'hydrocarbures ou de produits chimiques; 9. Ports de commerce ainsi que voies d'eau intérieures et ports fluviaux permettant le passage de bateaux de plus de 1350 tonnes; 10. Installations d'élimination des déchets toxiques et dangereux par incinération, traitement chimique ou mise en décharge, et installations d'élimination de déchets non dangereux par incinération ou traitement chimique d'une capacité de plus de 100 tonnes par jour; 11. Grands barrages et réservoirs; 12. Travaux de captage d'eaux souterraines ou de recharge artificielle des eaux souterraines lorsque le volume annuel d'eau à capter ou à recharger atteint ou dépasse 10 millions de mètres cubes; 13. Installations de fabrication de papier, de pâte à papier et de carton produisant 200 tonnes séchées à l'air par jour ou plus; 14. Exploitation de mines et de carrières sur une grande échelle, extraction et traitement sur place de minerais métalliques ou de charbon; 15. Production d'hydrocarbures en mer et extraction de pétrole et de gaz naturel à des fins commerciales, lorsque les quantités extraites dépassent quotidiennement 500 tonnes de pétrole et 500 000 mètres cubes de gaz; 16. Grandes installations de stockage de produits pétroliers, pétrochimiques et chimiques; 17. Déboisement de grandes superficies; 18. Ouvrages servant au transvasement de ressources hydrauliques entre bassins fluviaux; 19. Installations de traitement des eaux résiduaires d'une capacité supérieure à 150 000 équivalents-habitants; 20. Installations destinées à l'élevage intensif de volailles ou de porcs et disposant de plus de 85 000 emplacements pour poulets, de 60000 emplacements pour poules, de 3000 emplacements pour porcs de production (de plus de 30 kilos) ou de 900 emplacements pour truies; 21. Construction de lignes aériennes de transport d'énergie électrique d'une tension de 220 kilovolts ou plus et d'une longueur de plus de 15 kilomètres; 22. Grandes installations destinées à l'exploitation de l'énergie éolienne pour la production d'énergie (parcs d'éoliennes).

the country in whose territory the project is being proposed to provide an EIA to a potentially affected country. Essentially, if a private project that falls within one of the above mentioned industries listed at Appendix 1 to the Espoo Convention, or is part of an industry that creates pollutants or dangerous effluents, then the responsibility to ensure that an EIA has been completed and duly transmitted to the neighbouring nation-State that might be affected, and the host country's international responsibility should be invoked, irrespective of the fact that the project falls within the domain of private enterprise.

Substantive Obligations

45. As noted above, the required content of an EIA has not specifically been laid down under public international law. However, by referring to the above-referenced documents it is possible to distil certain minimum criteria which must be adhered to while performing an EIA.

46. For example, UNEP Principle 4 stipulates certain minimum contents of an EIA:

- “(a) A description of the proposed activity;
- (b) A description of the potentially affected environment, including specific information necessary for identifying and assessing the environmental effects of the proposed activity;
- (c) A description of practical alternatives, as appropriate;
- (d) An assessment of the likely or potential environmental impacts of the proposed activity and alternatives, including the direct, indirect, cumulative, short-term and long-term effects;
- (e) An identification and description of measures available to mitigate adverse environmental impacts of the proposed activity and alternatives, and an assessment of those measures;
- (f) An indication of gaps in knowledge and uncertainties which, may be encountered in compiling the required information;
- (g) An indication of whether the environment of any other State or areas beyond national jurisdiction is likely to be affected by the proposed activity or alternatives;
- (h) A brief, non-technical summary of the information provided under the above headings.”

Notably, these criteria are not as burdensome as the requirements of the Espoo Convention. The Espoo Convention requires certain additional information to be included in an EIA, such as the purpose of the project⁵⁷.

⁵⁷ The Espoo Convention, App. II (a).

alors de la responsabilité de l'Etat sur le territoire duquel l'activité est projetée de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement et d'en informer l'Etat risquant d'être touché. De fait, lorsqu'une partie privée entreprend un projet relevant de l'une des catégories de l'appendice I de la convention d'Espoo ou d'un secteur industriel producteur de polluants ou d'effluents dangereux, il incombe à l'Etat sur le territoire duquel le projet est mis en œuvre de veiller à ce qu'une évaluation de l'impact sur l'environnement soit réalisée et que les résultats en soient dûment communiqués à l'Etat voisin susceptible d'être concerné, sa responsabilité internationale étant dès lors engagée, indépendamment de la nature privée du projet.

Obligations de fond

45. Ainsi qu'il a été souligné ci-dessus, le droit international public n'établit pas précisément quelle doit être la substance de l'évaluation de l'impact sur l'environnement. Il est toutefois possible, en se référant aux documents précités, de dégager certaines exigences minimales auxquelles il doit être satisfait à cet égard.

46. Le principe 4 du PNUE précise ainsi que l'évaluation de l'impact environnemental doit comporter à tout le moins les éléments suivants :

- « a) description de l'activité proposée ;
- b) description de l'environnement susceptible d'être touché, avec mention des renseignements nécessaires pour déterminer et évaluer les effets de l'activité proposée sur l'environnement ;
- c) description des solutions de rechange possibles, s'il en est ;
- d) évaluation des effets probables ou potentiels de l'activité proposée et des éventuelles solutions de rechange sur l'environnement, y compris les effets directs, indirects, cumulatifs, à court terme et à long terme ;
- e) énumération et description des mesures disponibles en vue d'atténuer les effets préjudiciables de l'activité proposée et des éventuelles solutions de rechange sur l'environnement, avec évaluation de ces mesures ;
- f) indication des lacunes en matière de connaissances et des incertitudes rencontrées dans la collecte de l'information nécessaire ;
- g) indication, s'il y a lieu, de ce que l'environnement de tout autre Etat ou de régions ne relevant pas du ressort national risque d'être touché par l'activité proposée ou par les éventuelles solutions de rechange ;
- h) bref résumé non technique de l'information fournie au titre des rubriques précédentes. »

Il y a lieu de relever que ces conditions ne sont pas aussi strictes que celles qu'énonce la convention d'Espoo, laquelle exige certaines informations complémentaires, dont l'objectif du projet⁵⁷, ainsi que les solutions

⁵⁷ Convention d'Espoo, appendice II, point a).

It also requires that alternatives to the project be proposed, including the alternative that no action will be taken⁵⁸. Another way in which the Espoo Convention increases the substantive obligations of a country contemplating a project is by requiring “an explicit indication of predictive methods and underlying assumptions as well as all the environmental data used”⁵⁹. Finally, the Espoo Convention imposes the further hurdle that an EIA must contain an outline of how post-project assessment is to be conducted⁶⁰.

Conclusion

47. As I have detailed throughout the present opinion, the current state of international environmental law is lamentably silent on the exact procedural steps and substantive content that are required when a situation of potential transboundary harm gives rise to the obligation of a nation-State to produce an EIA. In my view, it is incumbent upon the international community to come together and develop a sound, pragmatic and comprehensive régime of EIA that rectifies this problem. The suggestions I have made during the course of this opinion are in keeping with the principles of sustainable development, preventive action and global commons and reflect the bedrock international law values of consensus, co-operation and amicable relations between nations.

48. In my considered opinion, the above minimum standards should be reflected in a comprehensive international convention with global reach, given the fact that the concept of EIA is a general principle of international law applicable to all nation-States.

(Signed) Dalveer BHANDARI.

⁵⁸ The Espoo Convention, App. II (*b*), Art. 2 (6).

⁵⁹ *Ibid.*, App. II (*f*).

⁶⁰ *Ibid.*, App. II (*h*).

de remplacement envisageables, y compris la renonciation à la mise en œuvre du projet⁵⁸. Au titre des obligations de fond, la convention d'Espoo requiert en outre que l'Etat envisageant une activité fournisse une « indication précise des méthodes de prévision et des hypothèses de base retenues ainsi que des données environnementales pertinentes utilisées »⁵⁹. Enfin, elle exige un aperçu des modalités de l'analyse *a posteriori* du projet⁶⁰.

Conclusion

47. Ainsi que je l'ai exposé en détail, on ne peut que regretter que le droit international de l'environnement, en son état actuel, ne définisse pas précisément les étapes processuelles et les éléments de fond de l'évaluation de l'impact environnemental qui doit être réalisée lorsqu'il existe un risque de dommage transfrontière. Il incombe, de mon point de vue, à la communauté internationale de se mobiliser en vue d'élaborer un régime juste, pragmatique et complet en la matière pour remédier à cette lacune. Les propositions que j'ai faites ici s'inspirent des principes du développement durable, de l'action préventive et de l'indivis commun, et traduisent les valeurs fondamentales de consensus, de coopération et de relations amiables entre les nations qui sont celles du droit international.

48. Après mûre réflexion, j'estime que les exigences minimales évoquées ci-dessus devraient être énoncées dans une convention internationale complète et de portée mondiale, étant donné que l'évaluation de l'impact sur l'environnement correspond à un principe général de droit international applicable à tous les Etats.

(Signé) Dalveer BHANDARI.

⁵⁸ Convention d'Espoo, appendice II, point *b*).

⁵⁹ *Ibid.*, point *f*).

⁶⁰ *Ibid.*, point *h*).