

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* DUGARD

TABLE OF CONTENTS

	<i>Paragraphs</i>
I. SEPARATE OPINION	1-2
II. TERRITORIAL INTEGRITY	3
III. PROTECTION OF THE ENVIRONMENT	4-5
IV. THE PRINCIPLE OF PREVENTION AND THE SOURCE OF THE ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT OBLIGATION	6-11
V. ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT: GENERAL RULE OR CUSTOMARY RULE	12-17
VI. RULES RELATING TO AN ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT	18-19
VII. <i>CONSTRUCTION OF A ROAD</i> AND THE OBLIGATION TO CONDUCT AN ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT	20
VIII. <i>CERTAIN ACTIVITIES</i> AND THE OBLIGATION TO CONDUCT AN ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT IN RESPECT OF COSTA RICA'S WETLANDS	21-35
IX. RAMSAR CONVENTION	36-45

*

I. SEPARATE OPINION

1. I am in agreement with the Court's decisions on what I consider to be three of the principal issues: Nicaragua's violation of Costa Rica's territorial sovereignty; Costa Rica's failure to perform an environmental impact assessment (EIA) before embarking on the construction of Route 1856 along the San Juan River; and the failure of Nicaragua to prove that the construction of Route 1856 caused significant transboundary harm. I dissent from the Court's decision on two issues: first, the rejection of Costa Rica's complaint that Nicaragua failed to carry out a proper environmental impact assessment for its programme of dredging of the San Juan River and to consult with Costa Rica on this subject, as required by the Ramsar Convention; second, the rejection of Costa Rica's request for an order of costs arising from Nicaragua's construction of two *caños* in 2013. As I am in broad agreement with the Court, I consider that my opinion is more accurately to be viewed as a separate opinion.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* DUGARD

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
I. OPINION INDIVIDUELLE	1-2
II. INTÉGRITÉ TERRITORIALE	3
III. PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT	4-5
IV. LE PRINCIPE DE PRÉVENTION ET LA SOURCE DE L'OBLIGATION D'ÉVALUER L'IMPACT ENVIRONNEMENTAL	6-11
V. ÉVALUATION DE L'IMPACT ENVIRONNEMENTAL : RÈGLE DE DROIT GÉNÉRAL OU DE DROIT COUTUMIER	12-17
VI. CADRE DE L'ÉVALUATION DE L'IMPACT SUR L'ENVIRONNEMENT	18-19
VII. L'OBLIGATION D'ÉVALUER L'IMPACT ENVIRONNEMENTAL EN L'AFFAIRE RELATIVE À LA <i>CONSTRUCTION D'UNE ROUTE</i>	20
VIII. L'OBLIGATION D'ÉVALUER L'IMPACT ENVIRONNEMENTAL SUR LES ZONES HUMIDES DU COSTA RICA EN L'AFFAIRE RELATIVE À <i>CERTAINES ACTIVITÉS</i>	21-35
IX. LA CONVENTION DE RAMSAR	36-45

*

I. OPINION INDIVIDUELLE

1. Je suis d'accord avec la décision de la Cour sur ce que je considère comme trois des questions principales : la violation par le Nicaragua de la souveraineté territoriale du Costa Rica ; l'omission, de ce dernier, de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement avant d'entreprendre la construction de la route 1856 le long du fleuve San Juan ; et l'incapacité du Nicaragua à prouver que ce projet avait causé des dommages transfrontières importants. Je ne puis toutefois y souscrire sur deux points : d'abord, le rejet de la prétention du Costa Rica selon laquelle le Nicaragua a omis d'évaluer l'impact environnemental de son programme de dragage du fleuve San Juan et de consulter le Costa Rica, comme l'exigeait la convention de Ramsar ; ensuite, le rejet de la demande du Costa Rica tendant à condamner le Nicaragua à rembourser les frais occasionnés par les deux *caños* en 2013. Parce que je partage l'avis de la Cour, je considère qu'il est plus exact de qualifier d'individuelle mon opinion.

2. I will address the first issue on which I dissent below, after some comments on Nicaragua's violation of Costa Rica's territorial integrity. In the case of the second issue I join Judges Tomka, Greenwood and Sebutinde in a joint declaration on the ordering of costs.

II. TERRITORIAL INTEGRITY

3. I agree with the Court's finding that Nicaragua has violated Costa Rica's territorial sovereignty by excavating three *caños* and establishing a military presence in part of that territory. I believe that Nicaragua further violated Costa Rica's territorial sovereignty by encouraging members of the Guardabarranco Environmental Movement to trespass on Costa Rican territory. (See my dissenting opinion in *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, *Provisional Measures, Order of 16 July 2013*, *I.C.J. Reports 2013*, pp. 275-276, paras. 13-14.) The Court has on previous occasions emphasized that the principle of territorial integrity is an important feature of the international legal order (*Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010 (II)*, p. 437, para. 80). This principle is enshrined in the Charter of the United Nations and the Charter of the Organization of American States and was reiterated by the General Assembly in resolution 2625 (XXV) on the Declaration of Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States. In these circumstances I believe that the Court should have placed greater emphasis on the serious nature of Nicaragua's violation of the territorial integrity of Costa Rica.

III. PROTECTION OF THE ENVIRONMENT

4. The protection of the environment featured prominently in both *Certain Activities* and *Construction of a Road*. In both cases the Court was required to address the questions of action that might result in significant transboundary harm and the failure to produce an environmental impact assessment in respect of projects that risk causing significant transboundary harm. I agree with the Court that neither Costa Rica nor Nicaragua proved that the actions of their neighbour had caused significant transboundary harm. I also agree with the finding of the Court, and its reasoning for this finding, that the evidence showed that Costa Rica had breached a rule of international law by failing to carry out an envi-

2. J'aborderai ci-dessous la première des questions sur lesquelles je suis en désaccord, après avoir fait quelques observations concernant la violation par le Nicaragua de l'intégrité territoriale du Costa Rica. S'agissant de la seconde question, je me rallie aux juges Tomka, Greenwood et Sebutinde dans une déclaration commune sur la condamnation aux frais de procédure.

II. INTÉGRITÉ TERRITORIALE

3. Je souscris à la conclusion de la Cour selon laquelle le Nicaragua a violé la souveraineté territoriale du Costa Rica en creusant trois *caños* et en établissant une présence militaire dans une partie du territoire costaricien. J'estime que le Nicaragua a par ailleurs violé la souveraineté territoriale du Costa Rica en incitant des membres du mouvement environnemental Guardabarranco à s'introduire en territoire costaricien. (Voir l'exposé de mon opinion dissidente dans les affaires relatives à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, mesures conservatoires, ordonnance du 16 juillet 2013, C.I.J. Recueil 2013, p. 275-276, par. 13-14.) La Cour a eu par le passé l'occasion de souligner que le principe de l'intégrité territoriale est un élément important de l'ordre juridique international (*Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2010 (II), p. 437, par. 80). Consacré par la Charte des Nations Unies et la Charte de l'Organisation des Etats américains, ce principe a été confirmé par l'Assemblée générale dans sa résolution 2625 (XXV), la déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats. Dans ces conditions, j'estime que la Cour aurait dû attacher plus d'importance à la gravité de l'atteinte portée par le Nicaragua à l'intégrité territoriale du Costa Rica.

III. PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

4. La protection de l'environnement tient une place prépondérante aussi bien dans l'affaire relative à *Certaines activités* que dans celle relative à la *Construction d'une route*. Dans l'une comme dans l'autre, la Cour était appelée à se prononcer sur les questions que sont l'exercice d'activités de nature à entraîner des dommages transfrontières importants et l'omission de procéder à l'évaluation de l'impact environnemental de projets susceptibles d'avoir de tels effets. Je suis d'accord avec elle pour dire que ni le Costa Rica ni le Nicaragua n'a fait la preuve que les activités de son voisin lui avaient causé des dommages importants. Je souscris également à la conclusion — ainsi qu'au raisonnement qui la sous-tend —

ronmental impact assessment when it embarked on the construction of the road along the San Juan River. I disagree, however, with the finding of the Court that Nicaragua was not obliged to conduct an environmental impact assessment in respect of its project for dredging the San Juan River and that it was not obliged to consult with Costa Rica on this subject. This disagreement, which relates to both the factual findings and the reasoning of the Court, provides the basis for my dissent. In summary, I believe that the Court erred in its findings of fact and that it failed to apply the same reasoning in *Certain Activities* that it applied in *Construction of a Road*. I also believe that the Court erred in its interpretation of the Ramsar Convention on the duty to consult.

5. Before examining the Court's finding and reasoning on the absence of an obligation on the part of Nicaragua to conduct an environmental impact assessment when it embarked on the dredging of the San Juan River it is necessary to consider the source, nature and content of the obligation to conduct an environmental impact assessment.

IV. THE PRINCIPLE OF PREVENTION AND THE SOURCE OF THE ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT OBLIGATION

6. The main purpose of environmental law is to prevent harm to the environment. This is because of the "often irreversible character of damage to the environment and of the limitations inherent in the very mechanism of reparation of this type of damage" (*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, *Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 78, para. 140). A cluster of principles seek to achieve this goal, including the principle of prevention, the precautionary principle, the principle of co-operation, notification and consultation and the obligation of due diligence.

7. The obligation of due diligence flows from the principle of prevention. This is emphasized by the International Law Commission's Commentary on Article 3 of its Draft Articles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities which declares "[t]he obligation of the State of origin to take preventive or minimization measures is one of due diligence" (*Yearbook of the International Law Commission (YILC)*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 154, para. 7; see also, p. 155, para. 17). The duty of due diligence therefore is the standard of conduct required to implement the principle of prevention.

8. The principle of prevention is also implemented through a number of specific obligations, which include the obligation to carry out an environmental impact assessment. These obligations must be carried out in accordance with the due diligence standard. Thus if an environmental impact assessment has been carried out, but not with sufficient care

selon laquelle il est établi que le Costa Rica a contrevenu à un principe de droit international en omettant de procéder à une évaluation de l'impact environnemental au moment d'entreprendre la construction de la route le long du fleuve San Juan. Je suis cependant en désaccord avec la conclusion voulant que le Nicaragua n'était pas tenu d'évaluer l'impact environnemental de son projet de dragage du fleuve San Juan ni de consulter le Costa Rica à ce sujet. C'est sur ce désaccord, qui porte aussi bien sur les constatations que sur la motivation de la décision de la Cour, que repose ma dissidence. En bref, j'estime que la Cour a fait erreur dans ses constatations et qu'elle a eu tort de ne pas appliquer à l'affaire relative à *Certaines activités* le raisonnement qu'elle a tenu en l'affaire relative à la *Construction d'une route*. Je crois par ailleurs qu'elle a mal interprété la convention de Ramsar en ce qui concerne l'obligation de consultation.

5. Avant d'aborder la conclusion de la Cour et le raisonnement afférent concernant l'absence d'obligation pour le Nicaragua de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement au moment d'entreprendre le dragage du fleuve San Juan, il me paraît nécessaire d'examiner la source, la nature et les éléments constitutifs de cette obligation.

IV. LE PRINCIPE DE PRÉVENTION ET LA SOURCE DE L'OBLIGATION D'ÉVALUER L'IMPACT ENVIRONNEMENTAL

6. Le droit de l'environnement a pour objet principal de prévenir les dommages à ce dernier, «en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages» (*Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 78, par. 140). La poursuite de cet objectif repose sur un ensemble de principes, dont ceux de prévention, de précaution, de coopération, de notification et de consultation, ainsi que le devoir de diligence.

7. Le devoir de diligence tire sa source du principe de prévention, comme en témoigne le commentaire de l'article 3 du projet d'articles de la Commission du droit international sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, où l'on peut lire que «[l']obligation faite à l'Etat d'origine de prendre des mesures pour prévenir les dommages ou pour en réduire le risque au minimum est un devoir de diligence» (*Annuaire de la Commission du droit international (ACDI)*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 165, par. 7; voir aussi p. 167, par. 17). Le devoir de diligence constitue ainsi la norme de conduite traduisant le principe de prévention.

8. Un certain nombre d'obligations viennent en outre assurer la mise en œuvre du principe de prévention, dont celle d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement. Ces obligations doivent être exécutées en conformité avec le devoir de diligence, de sorte que l'Etat qui procède à une telle évaluation, mais sans y apporter le soin voulu, pourrait être

in the circumstances, a State may be found to be in breach of its obligation to do an environmental impact assessment¹. That due diligence and the obligation to conduct an environmental impact assessment are legal tools employed to ensure the prevention of significant transboundary harm is confirmed by the Court in its present Judgment when it states that “a State’s obligation to exercise due diligence in preventing significant transboundary harm” requires it to conduct a screening exercise to determine whether it is required to do an environmental impact assessment prior to undertaking an activity. Such an obligation will arise if it ascertains that such activity has “the potential adversely to affect the environment of another State” (Judgment, para. 153; see also para. 104).

9. A State’s obligation to conduct an environmental impact assessment is an independent obligation designed to prevent significant transboundary harm that arises when there is a risk of such harm. It is not an obligation dependent on the obligation of a State to exercise due diligence in preventing significant transboundary harm. Due diligence is the standard of conduct that the State must show at all times to prevent significant transboundary harm, including in the decision to conduct an environmental impact assessment, the carrying out of the environmental impact assessment and the continued monitoring of the activity in question. The International Law Commission views the obligation to conduct an environmental impact assessment as an independent obligation (Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, *YILC*, 2001, Vol. II, Part Two, Art. 7, p. 157), as do the Rio Declaration (Principle 17), the Convention on Biological Diversity (Art. 14) and the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (“Espoo Convention”) (Art. 2). None of these instruments mentions due diligence in their formulation of the obligation to conduct an EIA. The decision of the Court in *Pulp Mills on the River Uruguay* invokes the principles of prevention, vigilance and due diligence as a basis for an environmental impact assessment when it states that “due diligence, and the duty of vigilance and prevention which it implies” would not have been exercised if a State embarking on an activity that might cause significant transboundary harm failed to carry out an environmental impact assessment (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 83, para. 204). But the Court then explains that the content of the environmental impact assessment obligation is to be assessed “having regard . . . to the need to exercise due diligence in conducting such an assessment” (*ibid.*, para. 205). This means that the due diligence obligation informs the environmental impact assessment obligation, so that, in assessing whether the duty of prevention has been satisfied, and in determining its necessary content, the Court will apply a due diligence standard. Due diligence is therefore the standard of

¹ See *Responsibilities and Obligations of States with respect to Activities in the Area*, Advisory Opinion, 1 February 2011, *ITLOS Reports 2011*, p. 49, para. 141.

considéré comme ayant manqué à son obligation¹. Dans le présent arrêt, la Cour confirme que le devoir de diligence et l'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement sont des outils qu'offre le droit pour assurer la prévention des dommages transfrontières importants lorsqu'elle dit que, « au titre de l'obligation qui lui incombe de faire preuve de la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières importants », il incombe à l'Etat de vérifier s'il est tenu de procéder à une évaluation de l'impact environnemental avant d'entreprendre une activité, l'obligation naissant dès lors que l'activité est susceptible d'« avoir un impact préjudiciable sur l'environnement d'un autre Etat » (arrêt, par. 153; voir aussi par. 104).

9. L'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement est indépendante et vise à prévenir les dommages transfrontières importants lorsqu'il existe un risque à cet égard. Elle ne dépend pas de l'obligation d'agir avec la diligence requise pour prévenir pareils dommages. La diligence requise correspond à la norme de conduite que l'Etat doit adopter en tout temps afin de prévenir les dommages transfrontières importants et doit orienter la décision de procéder ou non à une évaluation de l'impact sur l'environnement, la réalisation d'une telle évaluation ainsi que la surveillance des effets de l'activité en question. La Commission du droit international considère ainsi comme indépendante l'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement (projet d'articles de la Commission du droit international sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *ACDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, art. 7, p. 169), tout comme la déclaration de Rio (principe 17), la convention sur la diversité biologique (art. 14) et la convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (la « convention d'Espoo », art. 2). Aucun de ces textes ne fait référence au devoir de diligence dans l'énoncé de l'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement. Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Cour a dit que l'évaluation de l'impact sur l'environnement était fondée sur les principes de prévention, de vigilance et de diligence, expliquant qu'un Etat manquerait à « son obligation de diligence, et [au] devoir de vigilance et de prévention que cette obligation implique » si, au moment d'entreprendre une activité susceptible de causer des dommages transfrontières importants, il négligeait d'en évaluer l'impact sur l'environnement (*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 83, par. 204). Elle a toutefois ajouté que, pour déterminer la substance de l'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement, il incombait à l'Etat de prendre en considération « la nécessité d'exercer, lorsqu'il procède à une telle évaluation, toute la diligence requise » (*ibid.*, par. 205). Il s'ensuit que l'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement participe

¹ *Responsabilités et obligations des Etats dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, 1^{er} février 2011, TIDM Recueil 2011*, p. 49, par. 141.

care required when carrying out the environmental impact assessment and not the obligation itself.

10. The danger of viewing the due diligence obligation as the source of the obligation to perform an environmental impact assessment is that it allows a State to argue, retrospectively, that because no harm has been proved at the time of the legal proceedings, no duty of due diligence arose at the time the project was planned. This backward looking approach was adopted by the Court in *Certain Activities* but not in *Construction of a Road*. If the obligation to perform an environmental impact assessment is viewed as an independent obligation it is clear that a State must ascertain the risk at the time the project is planned and prior to embarking upon the project. Moreover, it is clear that the threshold for making such a decision is not the high standard for determining whether significant transboundary harm has been caused but the lower standard of *risk* assessment — even if it is proved *later* that no significant transboundary harm has been caused. An environmental impact assessment not only ensures that the principle of prevention is adhered to but also encourages environmental consciousness on the part of States by requiring them to assess the risk of harm even if no harm is proved after the project has been undertaken.

11. As the Court here has affirmed, *Pulp Mills* makes clear that the obligation to do an environmental impact assessment exists as a separate legal obligation from due diligence. Moreover, policy considerations confirm that the obligation to perform an environmental impact assessment must be viewed as an obligation separate from that of due diligence. The obligation of due diligence is vague and lacking in clear content or procedural rules. It is an obligation that can be applied either prospectively or retrospectively — as shown by the reasoning in *Certain Activities*. The obligation to conduct an environmental impact assessment, on the other hand, imposes a specific obligation on States to examine the circumstances surrounding a particular project when it is planned and before it is implemented. It is characterized by certainty whereas due diligence is a more open-textured obligation that could potentially be satisfied in a number of different ways.

V. ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT: GENERAL RULE OR CUSTOMARY RULE

12. The Court has chosen to describe the obligation to conduct a transboundary environmental impact assessment concerning activities carried out within a State's jurisdiction that risk causing significant harm to other States as an obligation under "general international law". This

du devoir de diligence, de sorte que, au moment d'apprécier si l'obligation de prévention a été remplie et d'en déterminer la portée, la Cour appliquera la norme de la diligence requise. Cette dernière constitue donc la norme à observer dans le cadre de l'évaluation de l'impact sur l'environnement et non l'obligation en soi.

10. Il est dangereux de considérer le devoir de diligence comme la source de l'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement car cette hypothèse permet à l'Etat concerné de faire valoir *a posteriori* que, si aucun dommage n'a pu être établi au moment où est présentée la demande en justice, le devoir de diligence ne s'appliquait pas à l'étape de la planification du projet. Cette démarche rétrospective est celle qu'a suivie la Cour en l'affaire relative à *Certaines activités*, mais non dans celle relative à la *Construction d'une route*. Si l'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement est vue comme une obligation indépendante, il va de soi que l'Etat doit évaluer le risque au moment de la planification du projet et avant d'en amorcer la mise à exécution. Il est clair par ailleurs que le critère régissant cette décision ne correspond pas à la norme exigeante servant à déterminer si des dommages transfrontières importants ont été causés, mais à celle, moins rigoureuse, de l'évaluation du *risque*, et ce, même s'il est prouvé *par la suite* qu'aucun dommage de ce type n'a été causé. Non seulement l'évaluation de l'impact sur l'environnement assure le respect du principe de prévention, mais encore elle encourage la conscience écologique chez les Etats en exigeant d'eux qu'ils procèdent à l'appréciation du risque même si aucun dommage ne devait être établi une fois le projet entrepris.

11. Ainsi que la Cour vient de le confirmer, l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier* a bien établi que l'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement était distincte du devoir de diligence. En outre, il existe des raisons de principe qui imposent de distinguer l'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement du devoir de diligence, étant donné le flou ainsi que l'absence de contenu clair et de cadre procédural qui caractérisent ce dernier. Il s'agit d'un devoir applicable aussi bien prospectivement que rétrospectivement, comme le montre le raisonnement suivi en l'affaire relative à *Certaines activités*. L'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement, au contraire, impose spécifiquement aux Etats d'examiner les circonstances entourant tout projet au moment de sa planification et avant sa mise à exécution. Elle est empreinte de certitude, alors que le devoir de diligence est d'une nature plus fluide qui le rend susceptible d'être exécuté de diverses façons.

V. ÉVALUATION DE L'IMPACT ENVIRONNEMENTAL : RÈGLE DE DROIT GÉNÉRAL OU DE DROIT COUTUMIER

12. La Cour a choisi de considérer comme relevant du «droit international général» l'obligation d'évaluer l'impact environnemental des activités exercées dans le ressort d'un Etat qui risquent de causer des dommages importants à d'autres Etats. La même expression est employée

term is used in both *Certain Activities* (paras. 101, 104) and *Construction of a Road* (paras. 152, 162, 168, 229 (6)). In so doing the Court has carefully followed the language employed by the Court in *Pulp Mills* when it stated

“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” (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 83, para. 204).

13. As the term “general international law” does not appear in the sources of international law listed in Article 38 (1) of the Court’s Statute there will inevitably be some debate about the precise meaning to be attached to the term.

14. “General international law” cannot be equated with “general principles of law recognized by civilized nations” referred to in Article 38 (1) (c) in the present context as the Court has accepted the obligation to conduct an environmental impact assessment as an obligation that gives rise to a cause of action (*Judgment*, para. 162). Were the term to be interpreted as synonymous with “general principles of law” the question would be raised whether such a “general principle of law” might found a cause of action and require the Court to enter this jurisprudential minefield.

15. General principles fall largely into the categories of rules of evidence or procedure or are used as a defence (e.g., *res judicata*). Abuse of procedure has been invoked as a general principle in a number of cases before the Court but the Court has never found the conditions for an application of the principle to be fulfilled². That a general principle of law might give rise to a cause of action cannot be discounted. In *Factory at Chorzów* the Court declared that “it is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation” (*Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 29). However, that obligation to pay reparation was not an independent cause of action but a secondary obligation that arose only after the determination of a breach of some other obligation. On the other hand, there is some authority for the proposition that a general principle cannot be construed as a separate obligation. In *Mavrommatis Jerusalem Concessions (Greece v. United Kingdom)*, the Permanent Court of International Justice stated:

“It is true that the Claimant has maintained that the provision of the Protocol should be supplemented by certain principles taken from

² A. Zimmermann *et al.* (eds.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd ed., 2012, pp. 904-905.

aussi bien en l'affaire relative à *Certaines activités* (par. 101 et 104) que dans celle relative à la *Construction d'une route* (par. 152, 162, 168 et 229 (point 6)). Ce faisant, la Cour a soigneusement repris les termes de l'arrêt qu'elle avait rendu en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier* :

«[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.» (*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 83, par. 204.)

13. L'expression «droit international général» ne figurant pas parmi les sources de droit international énumérées au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour, elle ne manquera pas de soulever quelque débat quant à sa signification précise.

14. On ne saurait assimiler, dans le présent contexte, le «droit international général» aux «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» dont il est question à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut, la Cour ayant reconnu que l'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement pouvait fonder une demande en justice (arrêt, par. 162). Or, à supposer que l'on puisse assimiler l'expression en question aux «principes généraux de droit», la question se poserait alors de savoir si un tel principe général de droit peut être le fondement d'une demande en justice, ce qui entraînerait la Cour sur un terrain jurisprudentiel semé d'embûches.

15. Dans une large mesure, les principes généraux s'incarnent dans les règles de preuve ou de procédure, ou servent de moyens de défense (la chose jugée, par exemple). L'abus de procédure a ainsi été invoqué à ce titre dans nombre d'affaires portées devant la Cour, mais celle-ci n'a dans aucun cas pu constater que les conditions d'application de ce principe étaient réunies². On ne saurait nier qu'un principe général de droit peut servir de fondement à une demande en justice. Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, la Cour a dit que «c'est un principe du droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer» (*Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17*, p. 29), ajoutant toutefois que cette obligation ne pouvait en elle-même fonder une demande en justice, mais constituait plutôt un devoir accessoire découlant du manquement à quelque autre obligation. Pourtant, l'idée qu'un principe général ne puisse être considéré comme une source d'obligation en soi ne manque pas d'appui. Dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis à Jérusalem (Grèce c. Royaume-Uni)*, la Cour permanente de Justice internationale s'est exprimée ainsi :

«Il est vrai que la Partie demanderesse a soutenu que les dispositions du Protocole doivent être complétées par certaines règles

² A. Zimmermann *et al.* (dir. publ.), *Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2^e éd., 2012, p. 904-905.

general international law; the Court, however, considers that Protocol XII is complete in itself, for a principle taken from general international law cannot be regarded as constituting an obligation contracted by the Mandatory except in so far as it has been expressly or implicitly incorporated in the Protocol.” (*P.C.I.J., Series A, No. 5, 1925, p. 27.*)

16. What meaning then is to be attached to the term “general international law” which the International Court has used in *Pulp Mills* and other decisions? Possibly it includes general international conventions, particularly those that codify principles of international law; and widely accepted judicial decisions, particularly decisions of the International Court of Justice. Certainly it includes both customary international law and general principles of law within the meaning of Article 38 (1) (*c*) and (*d*) of the Court’s Statute. In the present case I understand the term “general international law” to denote a rule of customary international law requiring an environmental impact assessment to be carried out where there is a risk of transboundary harm.

17. There can be little doubt that there is an obligation under customary international law to conduct an environmental impact assessment when there is a risk of significant transboundary harm. The ITLOS Seabed Disputes Chamber has held that there is a “general obligation under customary international law” to conduct such an assessment³. Fourteen years ago, the International Law Commission stated in its Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities that “the practice of requiring an environmental impact assessment has become very prevalent”, citing the laws of several developed States in support of such an obligation and declaring that some 70 developing countries had legislation of some kind on this subject (Commentary on Article 7, para. 4, *YILC*, 2001, Vol. II, Part Two, p. 158). These Draft Articles have been commended by the General Assembly of the United Nations (resolution of 6 December 2007, UN doc. A/Res/62/68, para. 4). In addition, a growing number of multilateral conventions recognize the obligation to conduct an environmental impact assessment. See, in particular, the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (“Espoo Convention”), the Antarctic Treaty on Environmental Protection (the Antarctic Protocol), the Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes (Art. 6 (1) (*b*)), the Convention on Biological Diversity (Art. 14), and the Convention of the Law of the Sea (Art. 206). The writings of jurists lend strong support to such an obligation under customary international law. Significantly, neither Costa Rica or Nicaragua has denied such an obligation as binding on them although in their pleadings

³ *Responsibilities and Obligations of States with respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011, p. 50, para. 145.*

empruntées au droit international général; la Cour estime cependant que le Protocole XII se suffit à lui-même, car une règle empruntée au droit international général ne saurait être considérée comme constituant une obligation *contractée* par le Mandataire que pour autant qu'elle aurait été expressément ou tacitement incorporée dans le Protocole.» (*C.P.J.I. série A n° 5, 1925, p. 27.*)

16. Quel est donc le sens à donner à l'expression «droit international général» que la Cour a utilisée dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier* et dans d'autres arrêts? On peut penser qu'elle s'entend des conventions internationales générales, en particulier celles qui viennent codifier les principes de droit international, ainsi que des décisions de justice faisant autorité, à commencer par celles de la Cour elle-même. Elle englobe certainement le droit international coutumier et les principes généraux de droit au sens des alinéas *c)* et *d)* du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour. En l'espèce, l'expression «droit international général» me paraît évoquer une règle de droit international coutumier exigeant la réalisation d'une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsqu'il existe un risque de dommage transfrontière.

17. L'existence, en droit international coutumier, de l'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsqu'il existe un risque de dommage transfrontière important ne fait pour ainsi dire aucun doute. La chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a statué que la réalisation d'une telle évaluation constituait «une obligation générale en vertu du droit international coutumier»³. Il y a quatorze ans, la Commission du droit international observait dans son projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses qu'«il est devenu courant de demander une évaluation de l'impact sur l'environnement», citant à l'appui de cette constatation les lois de plusieurs pays développés et affirmant que quelque 70 pays en développement avaient, dans une mesure variable, légiféré en ce sens (commentaire de l'article 7, par. 4, *ACDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 158). Ce projet d'articles a reçu les éloges de l'Assemblée générale des Nations Unies (résolution du 6 décembre 2007, Nations Unies, doc. A/Res/62/68, par. 4). En outre, l'obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement est reconnue dans un nombre grandissant de conventions multilatérales. Pensons notamment à la convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (la «convention d'Espoo»), au traité de l'Antarctique sur la protection de l'environnement (protocole de l'Antarctique), à la convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (art. 6, par. 1, al. *b*)), à la convention sur la diversité biologique (art. 14) et à la convention sur le droit de la mer (art. 206). On trouve dans la doctrine un appui important en faveur de l'existence de cette obligation en droit international coutumier.

³ *Responsabilités et obligations des Etats dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, 1^{er} février 2011, TIDM Recueil 2011, p. 50, par. 145.*

they followed *Pulp Mills* and used the language of “general international law”. There was no argument as to what this term meant and it was apparently assumed that it was a synonym for custom.

VI. RULES RELATING TO AN ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT

18. In *Pulp Mills* the Court stated that general international law does not “specify the scope and content of an environmental impact assessment” with the result “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” (*I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 83, para. 205). This dictum, which is reaffirmed by the Court in the present case (Judgment, para. 104), has on occasion been interpreted as meaning that the environmental impact assessment obligation has no independent content and that there is simply a *renvoi* to domestic law⁴. This is incorrect. Obviously there are some matters relating to the carrying out of an environmental impact assessment which must be left to domestic law. These include the identity of the authority responsible for conducting the examination, the format of the assessment, the time frame and the procedures to be employed. But there are certain matters inherent in the nature of an environmental impact assessment that must be considered if it is to qualify as an environmental impact assessment and to satisfy the obligation of due diligence in the preparation of an environmental impact assessment. This is made clear by the International Law Commission in its Commentary on Article 7 of its Draft Articles on the Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities which declares that an environmental impact assessment should relate the risk involved in an activity “to the possible harm to which the risk could lead”, contain “an evaluation of the possible transboundary harmful impact of the activity”, and include an assessment of the “effects of the activity not only on persons and property, but also on the environment of other States” (*YILC*, 2001, Vol. II, Part Two, pp. 158-159, paras. 6-8).

19. In the present case the Court has recognized that the following rules are inherent in the nature of an environmental impact assessment. An environmental impact assessment must be undertaken *prior* to the implementation of the activity in question (Judgment, paras. 104, 153, 159, 161 and 168). The State undertaking an activity must assess the risk

⁴ See, for instance, the statement of the Sea-bed Disputes Chamber of ITLOS in its Advisory Opinion of 2011 (footnote 1 above), p. 51, para. 149.

Chose importante, ni le Costa Rica ni le Nicaragua n'a nié être tenu à pareille obligation, même si tous deux ont, dans leurs écritures et plaidoiries, repris les termes employés en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier* et fait référence au «droit international général». Le sens de cette expression n'a pas été débattu et l'on semble avoir tenu pour acquis qu'elle était synonyme de coutume.

VI. CADRE DE L'ÉVALUATION DE L'IMPACT SUR L'ENVIRONNEMENT

18. Dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour a fait observer que le droit international général ne précisait pas «la portée et le contenu des évaluations de l'impact sur l'environnement», de sorte 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» (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 83, par. 205). Ce *dictum*, que la Cour réaffirme en l'espèce (arrêt, par. 104), a parfois été interprété comme signifiant que l'obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement n'avait pas de contenu propre et se résumait à un renvoi pur et simple au droit interne⁴; cela est inexact. Certes, divers aspects de l'évaluation de l'impact environnemental doivent être laissés au droit interne, par exemple, l'autorité ayant compétence pour effectuer celle-ci, la forme qu'elle doit prendre, les modalités temporelles à respecter et les méthodes à employer. Mais il est d'autres éléments essentiels qui doivent être considérés au moment de déterminer si l'opération effectuée constitue bel et bien une évaluation de l'impact sur l'environnement et si elle est conforme au devoir de diligence devant présider à sa réalisation. C'est ce qu'a dit clairement la Commission du droit international dans le commentaire afférent à l'article 7 de son projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, où l'on peut lire que l'évaluation de l'impact sur l'environnement devrait établir une relation entre le risque que comporte l'activité et «le dommage que celui-ci pourrait entraîner», qu'elle devrait «porter sur les effets dommageables transfrontières éventuels que l'activité en cause pourrait avoir» et qu'elle devrait s'étendre aussi aux «effets que l'activité pourrait avoir non seulement sur les personnes et les biens mais, encore sur l'environnement d'autres Etats» (*ACDI*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 170-171, par. 6-8).

19. En l'espèce, la Cour a reconnu que les règles ci-après participaient de la nature même de l'évaluation de l'impact environnemental. Ainsi, celle-ci doit être réalisée *avant* la mise à exécution de l'activité en question (arrêt, par. 104, 153, 159, 161 et 168). L'Etat qui entreprend l'activité doit, avant d'amorcer celle-ci, mesurer le risque de dommage transfrontière important

⁴ Voir, par exemple, les propos tenus par la chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer dans son avis consultatif de 2011 (note 1 ci-dessus), p. 51, par. 149.

of significant transboundary harm prior to implementing the activity “on the basis of an objective evaluation of all the relevant circumstances” (Judgment, para. 153). The burden of proof in showing that an environmental impact assessment or similar preliminary assessment of the risk involved has been done is upon the State undertaking the activity (*ibid.*, para. 154). The circumstances of the particular environment must be considered in assessing the threshold for deciding whether an environmental impact assessment is required (*ibid.*, paras. 104 and 155). The fact that the activity is conducted in a Ramsar protected site “heightens the risk of significant damage because it denotes that the receiving environment is particularly sensitive” (*ibid.*, para. 155). (From this it follows that the threshold for deciding whether to conduct an environmental impact assessment is lower in the case of a wetland of international significance protected by the Ramsar Convention.) A State must exercise due diligence in carrying out an environmental impact assessment with regard to the nature and magnitude of the activity and its likely impact on the environment (*ibid.*, paras. 104 and 155). In determining the need for an environmental impact assessment it is necessary to have regard to the *risk* of harm being caused (*ibid.*, paras. 104 and 153). (By necessary implication, this rejects that argument that the test is not the risk of transboundary harm but the likelihood or probability of such harm occurring. It is also recognition of the fact that there is a lower standard — *risk* — that triggers the obligation to conduct an environmental impact assessment than the higher standard required for proving that significant transboundary harm has actually been caused. This is confirmed by the finding of the Court that Costa Rica was required to conduct an environmental impact assessment because of the *risk* its activity posed to Nicaragua’s environment, despite the fact that Nicaragua failed to prove that significant transboundary harm had in fact occurred.) Finally, the Court affirmed that a subsequent finding of an absence of significant transboundary harm does not exonerate the State that carries out an activity that risks causing such harm for its failure to carry out an environmental impact assessment when the activity was planned.

VII. CONSTRUCTION OF A ROAD AND THE OBLIGATION TO CONDUCT AN ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT

20. Here the Court scrupulously applied the principles governing an environmental impact assessment that it had expounded in the present case (see para. 19 above). First, it held that Costa Rica had breached its obligation to conduct an environmental impact assessment by failing to carry out such an assessment *prior* to embarking on the construction of the road (Judgment, paras. 153, 159, 161 and 168). The fact that it later carried out an environmental diagnostic assessment and other studies on the impact of the road did not suffice (*ibid.*, para. 161). Second, it held

«sur la base d'une évaluation objective de l'ensemble des circonstances» (arrêt, par. 153). C'est sur cet Etat que pèse la charge de démontrer qu'il a effectivement procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement ou autre vérification préliminaire comparable du risque en jeu (*ibid.*, par. 154). Il doit être tenu compte des caractéristiques de l'environnement en cause au moment de déterminer si le seuil d'application de l'obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement est atteint (*ibid.*, par. 104 et 155). Le fait que l'emplacement où est menée l'activité soit protégé sous le régime de la convention de Ramsar, «qui témoigne de la fragilité particulière de l'environnement concerné, augment[e] le risque de préjudice important» (*ibid.*, par. 155). (Il s'ensuit que le seuil d'application de l'obligation d'évaluer l'impact environnemental est moins élevé dans le cas d'une zone humide d'importance internationale protégée par la convention de Ramsar.) L'Etat en cause doit agir avec la diligence requise lorsqu'il procède à l'évaluation, en tenant compte de la nature et de l'envergure de l'activité, ainsi que de son impact probable sur l'environnement (*ibid.*, par. 104 et 155). Pour déterminer s'il est nécessaire de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement, il est essentiel de prendre en considération le *risque* de dommage (*ibid.*, par. 104 et 153). (Cette règle emporte nécessairement le rejet de l'argument voulant que le critère soit non pas le risque de dommage transfrontière, mais plutôt la vraisemblance ou la probabilité de survenance d'un tel dommage. C'est aussi reconnaître que l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact environnemental obéit à un critère moindre — le *risque* —, par rapport au critère plus rigoureux exigeant la preuve qu'un dommage transfrontière important a effectivement été causé. C'est ce que confirme la conclusion de la Cour selon laquelle le Costa Rica était tenu d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement en raison du *risque* que posait son projet pour l'environnement du Nicaragua, alors que ce dernier n'a pas réussi à prouver qu'un dommage transfrontière important était survenu.) Enfin, la Cour a confirmé que la constatation ultérieure de l'absence de dommage transfrontière important n'avait pas pour effet d'exonérer l'Etat qui s'est livré à une activité susceptible de causer pareil dommage sans procéder à une évaluation de l'impact environnemental à l'étape de la planification de cette activité.

VII. L'OBLIGATION D'ÉVALUER L'IMPACT ENVIRONNEMENTAL EN L'AFFAIRE RELATIVE À LA CONSTRUCTION D'UNE ROUTE

20. Dans cette affaire, la Cour a appliqué rigoureusement les principes qu'elle a exposés en ce qui concerne l'évaluation de l'impact sur l'environnement (voir ci-dessus, par. 19). Premièrement, elle a conclu que le Costa Rica avait manqué à son obligation d'évaluer l'impact environnemental en omettant de procéder à une telle évaluation *avant* d'entreprendre la construction de la route (arrêt, par. 153, 159, 161 et 168), le fait qu'il ait par la suite effectué un diagnostic de l'impact sur l'environnement et d'autres études concernant l'impact du projet routier étant insuffisant (*ibid.*, par. 161). Deuxièmement,

that Costa Rica had failed to prove that it had carried out a preliminary assessment before embarking on the construction of the road (Judgment, para. 154). Third, it held that the geographic conditions of the river basin where the road was to be built were to be considered in assessing the risk involved in the activity (*ibid.*, para. 155). The Court made a careful examination of these conditions and the proximity of the road to the San Juan River in order to show that the road posed a risk to Nicaragua's environment (*ibid.*). Fourth, the Court held that the fact that the road was built in the proximity of Nicaragua's Ramsar protected wetland of *Refugio de Vida Silvestre Río San Juan* heightened the risk of significant impact because of the sensitive nature of the environment (*ibid.*). Fifth, it held that in determining the need for an environmental impact assessment it was necessary for Costa Rica to have regard to the *risk* of significant transboundary harm being caused by the construction of the road (*ibid.*, para. 153). Sixth, it held that the fact that Nicaragua did not prove that significant transboundary harm had in fact been caused by the construction of the road did not absolve Costa Rica from its obligation to conduct an environmental impact assessment prior to commencing this activity.

VIII. CERTAIN ACTIVITIES AND THE OBLIGATION TO CONDUCT
AN ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT IN RESPECT
OF COSTA RICA'S WETLANDS

21. The reasoning and fact-finding of the Court on the need for an environmental impact assessment in *Construction of a Road* must be compared to the approach it adopted in *Certain Activities*.

22. In its application and subsequent submissions Costa Rica made it clear that it had two main concerns about Nicaragua's plan to dredge the Lower San Juan River: first, the impact it might have on Costa Rica's Ramsar protected wetlands and, second, the damage it might cause to the Colorado River. In the course of the oral proceedings, on 28 April 2015, Costa Rica asked the Court to adjudge and declare that Nicaragua had breached "the obligation to respect Costa Rica's territory and environment, including its wetland of international importance under the Ramsar Convention 'Humedal Caribe Noreste', on Costa Rican territory"; and "the obligation to carry out an appropriate transboundary environmental assessment, which takes account of all potential significant adverse impacts on Costa Rican Territory" (*ibid.*, para. 49). Costa Rica also requested the Court to find that Nicaragua had breached its obligation to refrain from any activity that might cause damage to the Colorado River. This opinion will focus entirely on Costa Rica's submissions in respect of its wetlands. This is done for the sake of brevity. The expert witnesses

xièmement, elle a jugé que le Costa Rica n'avait pas prouvé qu'il avait effectué une évaluation préliminaire avant d'entreprendre la construction de la route (arrêt, par. 154). Troisièmement, elle a dit qu'il fallait prendre en considération, au moment d'évaluer le risque associé à l'activité, les caractéristiques géographiques du bassin hydrographique où la route devait être construite (*ibid.*, par. 155). Elle a soigneusement examiné ces caractéristiques, y compris la proximité de la route par rapport au fleuve San Juan, pour conclure que le projet posait un risque pour l'environnement du Nicaragua (*ibid.*). Quatrièmement, elle a dit que la présence, près du chantier routier, de la zone humide du Nicaragua appelée *Refugio de Vida Silvestre Río San Juan* et protégée sous le régime de la convention de Ramsar augmentait le risque de préjudice important en raison de la fragilité particulière de l'environnement concerné (*ibid.*). Cinquièmement, elle a jugé que, pour déterminer s'il était nécessaire de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement, le Costa Rica aurait dû tenir compte du *risque* de dommage transfrontière important que posait la construction de la route (*ibid.*, par. 153). Sixièmement, elle a conclu que le fait que le Nicaragua n'ait pas prouvé qu'un tel dommage avait effectivement été causé ne déchargeait pas le Costa Rica de son obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement avant d'entreprendre l'activité en cause.

VIII. L'OBLIGATION D'ÉVALUER L'IMPACT ENVIRONNEMENTAL
SUR LES ZONES HUMIDES DU COSTA RICA EN L'AFFAIRE RELATIVE
À CERTAINES ACTIVITÉS

21. S'agissant de la nécessité de réaliser une évaluation de l'impact sur l'environnement, la démarche suivie par la Cour en l'affaire relative à la *Construction d'une route*, dans son raisonnement et la recherche des faits, doit être comparée à celle qu'elle a adoptée en l'affaire relative à *Certaines activités*.

22. Dans sa requête et les moyens qu'il a exposés par la suite, le Costa Rica a clairement formulé deux préoccupations principales à l'égard des activités de dragage du cours inférieur du San Juan projetées par le Nicaragua : premièrement, l'impact éventuel de ces opérations sur les zones humides costa-riciennes protégées sous le régime de la convention de Ramsar et, deuxièmement, les dommages susceptibles d'être causés au fleuve Colorado. Le 28 avril 2015, dans le cadre de la procédure orale, la Cour a été priée de dire et juger que le Nicaragua avait manqué à « l'obligation de respecter le territoire et l'environnement du Costa Rica, y compris la « Humedal Caribe Noreste », une zone humide d'importance internationale protégée au titre de la convention de Ramsar qui se trouve en territoire costa-ricien », ainsi qu'à « l'obligation de réaliser une évaluation appropriée de l'impact transfrontière sur l'environnement tenant compte de tout risque de dommage important en territoire costa-ricien » (*ibid.*, par. 49). Le Costa Rica a également demandé à la Cour de conclure que le Nicaragua avait manqué à son obligation de s'abstenir de toute activité susceptible de

of both Parties agreed in 2015 that Nicaragua's dredging programme was not likely to affect the flow of water to the Colorado River. Whether the dredging as initially planned in 2006 posed a risk to the Colorado River, warranting an environmental impact assessment, remains unanswered.

23. The Court's response to Costa Rica's submissions was terse. First, it stated that

“In 2006 Nicaragua conducted a study of the impact that the dredging programme would have *on its own environment*, which also stated that the programme would not have a significant impact on the flow of the Colorado River. This conclusion was *later* confirmed by both Parties' experts.” (Judgment, para. 105; emphasis added.)

This passage indicates that the Court was aware that Nicaragua's study of 2006 dealt only with the likely impact of dredging “on its own environment” and that the Court was satisfied, in the light of the “later” evidence of experts of both Parties, that the dredging programme would have no impact on the Colorado River. Then came the Court's finding on both the flow of the Colorado River and the impact on Costa Rica's wetlands:

“Having examined the evidence in the case file, including the reports submitted and testimony given by experts called by both Parties, the Court finds that the dredging programme planned in 2006 was not such as to give rise to a risk of significant transboundary harm, either with respect to the flow of the Colorado River or to Costa Rica's wetland. In light of the absence of risk of significant transboundary harm, Nicaragua was not required to carry out an environmental impact assessment.” (*Ibid.*)

24. In order to compare and contrast the reasoning employed by the Court in *Certain Activities* with its reasoning in *Construction of a Road* it is necessary to examine the evidence in the case file of the Court, particularly “the reports submitted and the testimony given by experts called by both Parties” (*ibid.*), upon which the Court bases its finding that the Nicaraguan dredging programme planned in 2006 was not such as to give rise to a risk of significant transboundary harm with respect to Costa Rica's wetland, the *Humedal Caribe Noreste*.

25. There are four important documents dealing with the impact of Nicaragua's dredging programme: the terms of reference of the Ministry of the Environment and Natural Resources (MARENA)⁵, Nicaragua's

⁵ Ministry of the Environment and Natural Resources (MARENA), Specific Terms of Reference for the Preparation of the Environmental Impact Study for the Project “Dredging of the San Juan River” (undated), Counter-Memorial of Nicaragua (CMN), Vol. II, Ann. 9, p. 221.

nuire au fleuve Colorado. Par souci de concision, je m'en tiendrai ici aux seules conclusions du Costa Rica relatives à ses zones humides. En 2015, les experts des deux Parties ont convenu que le programme de dragage du Nicaragua n'était pas de nature à avoir une incidence sur le débit du Colorado. Reste toutefois entière la question de savoir si, dans sa version initiale de 2006, il présentait pour ce cours d'eau un risque justifiant la réalisation d'une évaluation de l'impact sur l'environnement.

23. La Cour a répondu de manière assez laconique aux conclusions du Costa Rica, déclarant tout d'abord ce qui suit :

« En 2006, le Nicaragua a procédé à une étude de l'impact que le projet de dragage aurait *sur son propre environnement*, laquelle a également indiqué que le programme n'aurait pas d'effet sensible sur le débit du fleuve Colorado, conclusion que les experts de l'une et l'autre des Parties ont *ultérieurement* confirmée. » (Arrêt, par. 105 ; les italiques sont de moi.)

Il découle de ce passage que la Cour avait bien conscience que l'étude qu'a réalisée le Nicaragua en 2006 ne concernait que l'impact probable du dragage « sur son propre environnement » et qu'elle était convaincue, sur la foi des confirmations « ultérieur[es] » des experts des deux Parties, que le programme de dragage n'aurait pas d'incidence sur le fleuve Colorado. Vient ensuite la conclusion à laquelle elle est parvenue, s'agissant à la fois du débit du fleuve Colorado et de l'impact sur les zones humides du Costa Rica :

« Après examen des éléments de preuve versés au dossier, y compris les rapports et exposés des experts que les deux Parties ont fait entendre, la Cour conclut que le programme de dragage envisagé en 2006 n'était pas de nature à créer un risque de dommage transfrontière important, que ce soit à l'égard du débit du fleuve Colorado ou de la zone humide du Costa Rica. En l'absence de risque de dommage transfrontière important, le Nicaragua n'avait pas l'obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement. » (*Ibid.*)

24. Pour confronter les raisonnements que la Cour a suivis respectivement dans les affaires relatives à *Certaines activités* et à la *Construction d'une route*, il faut examiner les éléments de preuve versés au dossier, notamment « les rapports et exposés des experts que les deux Parties ont fait entendre » (*ibid.*) et sur lesquels elle s'est fondée pour conclure que le projet de dragage envisagé par le Nicaragua en 2006 n'était pas susceptible de donner lieu à un risque de dommage transfrontière important s'agissant de la zone humide costa-ricienne *Humedal Caribe Noreste*.

25. Quatre documents importants ont trait à l'impact du programme de dragage du Nicaragua : le cahier des charges du ministère de l'environnement et des ressources naturelles (MARENA)⁵, l'étude de l'impact sur

⁵ Ministère de l'environnement et des ressources naturelles (MARENA), cahier des charges de l'étude de l'impact sur l'environnement liée au « Projet de dragage du fleuve San Juan » (sans date), contre-mémoire du Nicaragua (CMN), vol. II, annexe 9, p. 221.

environmental impact study (EIS) of 2006⁶, the Project Design Study attached as an annexure to the environmental impact study⁷ and the report of the Ramsar Advisory Mission No. 72 on the impact of the dredging programme on Nicaragua's wetland, the *Refugio de Vida Silvestre Río San Juan*⁸. The first three documents prepared by Nicaragua have one thing in common: they carefully examine the impact of the dredging programme on Nicaragua's own environment but make no mention of its possible impact on the territory of Costa Rica, least of all on its wetland. The terms of reference of MARENA, which define the scope of the study, do not direct any transboundary impacts to be studied. The environmental impact study mentions only Nicaragua's Ramsar protected wetland. The Project Design Study is concerned only with the increase in the flows of the channel bed of the San Juan River and makes no mention of any possible transboundary impact of the dredging programme. The Court is therefore correct in stating that Nicaragua's study considered only the "impact that the dredging programme would have on its own environment" (Judgment, para. 105).

26. The Ramsar Report of 2011, on the other hand, is concerned with the wetlands of the Lower San Juan River basin belonging to both Nicaragua and Costa Rica. It states that because any changes to the fluvial dynamics of the river due to dredging will alter the dynamics of the Nicaraguan and Costa Rican wetlands and "the distribution and abundance of the species living there", it is "important to perform studies of the relevant environmental impacts prior to its implementation"⁹. It adds that:

"Considering the main role of the San Juan River basin [is] on the entire dynamics of the San Juan River as well as the Ramsar sites *Refugio de Vida Silvestre* and *Caribe Noreste*, it is essential to develop joint actions of co-operation between Nicaragua and Costa Rica, enabling compliance with their international commitments within the framework of the Ramsar Convention, and particularly the maintenance of the ecological characteristics."¹⁰

The report then recommends "strong co-operation" between Nicaragua and Costa Rica "for a more integrated management of activities that may potentially affect the river" and "its related wetlands of international importance"¹¹. Finally it recommends the monthly monitoring of the hydrometric levels, the concentration of suspended solids in the water col-

⁶ Environmental Impact Study for Improving Navigation on the San Juan de Nicaragua River, September 2006, CMN, Vol. II, Ann. 7, p. 77.

⁷ Project Design Study, September 2006, CMN, Vol. II, Ann. 8, p. 213.

⁸ Ramsar Report of 18 April 2011.

⁹ *Ibid.*, Conclusions, para. 5.

¹⁰ *Ibid.*, para. 6.

¹¹ *Ibid.*, Recommendations, para. 1.

l'environnement réalisée par le Nicaragua en 2006⁶ ainsi que l'étude de conception du projet qui y était jointe⁷, et le rapport de la mission consultative Ramsar n° 72 concernant l'incidence du programme de dragage sur la zone humide nicaraguayenne, le *Refugio de Vida Silvestre Río San Juan*⁸. Etablis par le Nicaragua, les trois premiers documents ont ceci de commun qu'ils comportent un examen approfondi de l'impact du programme de dragage conçu par cet Etat sur son propre environnement, sans la moindre référence à l'impact qu'il pourrait avoir sur le territoire du Costa Rica ni, *a fortiori*, sur la zone humide de ce dernier. Le cahier des charges du MARENA, qui définit la portée de l'étude, ne prévoit aucun examen des effets transfrontières. L'étude de l'impact sur l'environnement ne mentionne que la zone humide placée par le Nicaragua sous la protection de la convention de Ramsar. L'étude de conception du projet ne traite que de l'augmentation du débit dans le chenal du fleuve San Juan et il n'y est nullement question des éventuels effets transfrontières du programme. La Cour a donc eu raison de conclure que, dans son étude, le Nicaragua n'avait pris en considération que «l'impact que le projet de dragage aurait sur son propre environnement» (arrêt, par. 105).

26. Le rapport Ramsar de 2011 traite quant à lui des zones humides du bassin du San Juan inférieur, aussi bien en territoire nicaraguayen qu'en territoire costa-ricien. On y lit que, puisque toute variation de la dynamique fluviale causée par le dragage ne peut manquer d'avoir une incidence sur celle des zones humides du Nicaragua et du Costa Rica, ainsi que sur «la répartition et l'abondance des espèces qui y vivent», il «importe d'examiner, avant la mise en œuvre du projet, les effets qu'il est susceptible d'avoir sur l'environnement»⁹. Est par ailleurs précisé ce qui suit :

«Compte tenu du rôle prépondérant que joue le bassin du fleuve San Juan sur la dynamique globale de ce dernier et sur les sites Ramsar *Refugio de Vida Silvestre* et *Caribe Noreste*, il est essentiel que le Nicaragua et le Costa Rica mettent en place des mesures de coopération conjointes afin de pouvoir respecter les engagements internationaux qu'ils ont pris dans le cadre de la convention de Ramsar, en particulier en ce qui concerne le maintien des caractéristiques écologiques de ces sites.»¹⁰

Le rapport préconise ensuite que le Nicaragua et le Costa Rica «coopèrent étroitement pour assurer une gestion plus coordonnée de leurs activités susceptibles d'avoir des conséquences sur le fleuve» et les «zones humides d'importance internationale qui lui sont associées»¹¹. Enfin, il recommande le contrôle mensuel des niveaux hydrométriques, de la

⁶ Etude de l'impact sur l'environnement du projet visant à l'amélioration de la navigabilité du fleuve San Juan de Nicaragua, septembre 2006, CMN, vol. II, annexe 7, p. 77.

⁷ Etude de conception du projet, septembre 2006, CMN, vol. II, annexe 8, p. 213.

⁸ Rapport Ramsar du 18 avril 2011.

⁹ *Ibid.*, conclusions, par. 5.

¹⁰ *Ibid.*, par. 6.

¹¹ *Ibid.*, recommandations, par. 1.

umn and the groundwater levels of the river at least during the construction phase of the dredging¹².

27. Not surprisingly, the Ramsar Report of 2011 was not produced by Nicaragua until requested by Costa Rica. Nicaragua wrote a hostile reply¹³ to the Ramsar Secretariat criticizing the actions of Costa Rica and requesting, *inter alia*, the deletion of the report's conclusion that any changes to the fluvial dynamics of the river due to dredging will alter the dynamics of the wetlands of Nicaragua and Costa Rica and the species living there, resulting in the need "to perform studies of the relevant environmental impacts prior to its implementation". In the oral proceedings Nicaragua dismissed the Ramsar Report as only a draft report which the Ramsar Secretariat never finalized. In the light of the concern expressed by the Ramsar Report over the impact that dredging might have on the wetlands of both Nicaragua and Costa Rica it is unlikely that this was one of the reports "in the case file" of the Court (Judgment, para. 105) which led it to conclude that the dredging programme planned in 2006 was not such as to give rise to a risk of significant transboundary harm.

28. The principal witnesses called by Nicaragua in *Certain Activities* were Professors Kondolf and van Rhee. Kondolf's report in Nicaragua's Counter-Memorial¹⁴ is largely concerned with the clearing of the *caño* and does not consider the impact of dredging on the wetlands other than in the vicinity of the *caño*. His written statement is likewise focused mainly on the clearing of the *caño* but he does state that the contemplated diversion of the Colorado River's flow into the San Juan River "does not risk harming the Colorado or the wetlands it feeds". There is no indication of the wetlands to which he refers. Kondolf's oral testimony was again centred on the clearing of the *caño* without mention of the impact of the dredging upon the wetlands. Professor van Rhee's report in Nicaragua's Counter-Memorial¹⁵ is about the dredging programme itself but it does state that it "helps to ensure the survival of the wetlands of international importance", including the *Refugio de Vida Silvestre Rio San Juan* and the *Humedal Caribe Noreste*¹⁶. In a subsequent report, Professor van Rhee makes the important point that the dredging project described in the environmental impact study of 2006 "has since been reduced in scope. As such, even the small impact of the dredging project on the environ-

¹² Ramsar Report, Recommendations, para. 3.

¹³ Considerations and Changes of the Government of the Republic of Nicaragua to the draft Ramsar Mission Report No. 72.

¹⁴ G. Mathias Kondolf, "Distributary Channels of the Rio San Juan, Nicaragua and Costa Rica: Review of Reports by Thorne, UNITAR, Ramsar, MEET and Araya-Montero", CMN, Vol. I, p. 461.

¹⁵ C. van Rhee and H. J. de Vriend, "The Influence of Dredging on the Discharge and Environment of the San Juan River", CMN, Vol. I, p. 525.

¹⁶ *Ibid.*, p. 540, para. 3.2.

concentration des particules solides en suspension dans la colonne d'eau et du niveau des eaux souterraines du fleuve, au moins durant les travaux de dragage proprement dits¹².

27. Comme on pouvait s'y attendre, le Nicaragua n'a communiqué le rapport Ramsar de 2011 que lorsque le Costa Rica en a fait la demande. Dans une réponse acerbe adressée au secrétariat de la convention¹³, il a dénoncé les actes du Costa Rica et réclamé, entre autres choses, la suppression de la conclusion du rapport selon laquelle, en modifiant la dynamique du fleuve, les activités de dragage modifieraient celle des zones humides du Nicaragua et du Costa Rica, ainsi que des espèces qui y vivent, d'où la nécessité « d'examiner, avant la mise en œuvre du projet, les effets qu'il [était] susceptible d'avoir sur l'environnement ». A l'audience, il a fait valoir que le rapport Ramsar n'était rien d'autre qu'un document préliminaire n'ayant jamais été finalisé par le secrétariat. Au vu des préoccupations qui y sont formulées quant à l'impact éventuel du dragage sur les zones humides des deux Etats, ce document peut difficilement être considéré comme faisant partie des rapports « versés au dossier » (arrêt, par. 105) qui ont conduit la Cour à conclure que le programme de dragage envisagé en 2006 n'était pas de nature à créer un risque de dommage transfrontière important.

28. Les principaux experts qu'a fait entendre le Nicaragua en l'affaire relative à *Certaines activités* sont MM. Kondolf et van Rhee. Le rapport du premier, incorporé au contre-mémoire du Nicaragua déposé en l'espèce¹⁴, concerne essentiellement le dégagement du *caño* et n'aborde pas la question de l'incidence du dragage sur les zones humides, si ce n'est à proximité dudit *caño*. Son exposé écrit, quoique lui aussi principalement consacré aux opérations de déblaiement du *caño*, indique toutefois, à propos de la possibilité qu'une partie du débit du fleuve Colorado soit détournée au profit du San Juan, que « [n]i le ... Colorado ni les marais qu'il alimente ne risquent de subir de dommages de ce fait », sans préciser de quels marais il s'agit. Lors de la procédure orale, M. Kondolf s'est à nouveau intéressé avant tout au dégagement du *caño*, sans mentionner l'impact du dragage sur les zones humides. Le rapport de M. van Rhee, qui fait lui aussi partie du contre-mémoire¹⁵, porte sur le programme de dragage proprement dit, lequel, est-il précisé, « contribue ... à assurer la survie de zones humides d'importance internationale », notamment le *Refugio de Vida Silvestre Río San Juan* et la *Humedal Caribe Noreste*¹⁶. Dans un rapport établi ultérieurement, M. van Rhee souligne — et c'est là

¹² Rapport Ramsar du 18 avril 2011, recommandations, par. 3.

¹³ Observations et propositions de modification du Gouvernement de la République du Nicaragua concernant le projet de rapport de la mission Ramsar n° 72.

¹⁴ G. Mathias Kondolf, « Chenaux défluent du San Juan coulant au Nicaragua et au Costa Rica : analyse des rapports Thorne, UNITAR, Ramsar, MEET et Araya-Montero », juillet 2012, CMN, vol. I, appendice 1, p. 461.

¹⁵ C. van Rhee et H. J. de Vriend, « Influence du dragage sur le débit et l'environnement du fleuve San Juan », CMN, vol. I, appendice 2, p. 525.

¹⁶ *Ibid.*, p. 540, par. 3.2.

ment . . . will likely be reduced.”¹⁷ In his written statement, van Rhee states that dredging is an “effective technique for maintaining flows to wetlands” which serves to preserve the ecological health of the environmentally sensitive wetlands of the Lower San Juan River. Professor van Rhee’s oral testimony was hampered by the fact that he had not seen the 2011 Ramsar Report No. 72 on which he was cross-examined.

29. Costa Rica’s main witness was Professor Thorne. He was unable to access the San Juan River in person as the Nicaraguan authorities denied such access. In contrast to the reports of Professors Kondolf and van Rhee, his report in Costa Rica’s Memorial¹⁸ had much to say about the impact of dredging on Costa Rica’s wetlands. In the executive summary of his report, he states that the wetland of *Humedal Caribe Noreste* that could be indirectly impacted by the dredging “provides habitats for a wide array of plants, birds, fish, amphibians, reptiles and mammals, including many iconic and endangered species”¹⁹. Risks to such species “include the possibility of extinction of those already threatened or endangered”²⁰. The report itself declares that dredging has “direct, short-term impacts on river environments and ecosystems through disturbing aquatic flora and fauna, destroying benthic communities and, potentially, increasing turbidity and reducing water quality, with impacts that will be felt throughout the trophic network”²¹. The report spells out the potential environmental impacts on the wetlands of dredging on such issues as surface drainage, water quality, vegetation, fish, aquatic plant life, birds and fauna²². The report concludes that the evidence suggests that the “morphological, environmental and ecological risks associated with continuing the dredging programme are serious”²³. Professor Thorne’s written statement was largely concerned with maps and the construction of the three *caños*. He did, however, state that “disturbance to the environment and ecosystem at each dredging site are inherent and inevitable”. Significantly, Professor Thorne accepts Professor van Rhee’s assessment that Nicaragua’s reduced dredging programme is likely to cause less environmental damage to the wetlands. He warns, however,

¹⁷ C. van Rhee and H. J. de Vriend, “Morphological Stability of the San Juan River Delta, Nicaragua/Costa Rica”, CMN, Vol. IV, pp. 19 and 23.

¹⁸ Colin Thorne, “Assessment of the physical impact of works carried out by Nicaragua since October 2010 on the geomorphology, hydrology and sediment dynamics of the San Juan River and the environmental impacts on Costa Rican territory”, Memorial of Costa Rica (MCR), Vol. I, p. 307.

¹⁹ *Ibid.*, p. 313.

²⁰ *Ibid.*, p. 315.

²¹ *Ibid.*, pp. 443-444.

²² *Ibid.*, pp. 454-458.

²³ *Ibid.*, p. 461.

un point important — que l'ampleur du projet de dragage décrit dans l'étude d'impact sur l'environnement de 2006 « a, depuis, été réduite. Ainsi, même le faible impact du projet de dragage sur l'environnement ... sera probablement réduit. »¹⁷ Dans son exposé écrit, M. van Rhee indique que le dragage est « une technique efficace pour maintenir les débits vers les zones humides », ce qui permet de préserver la santé écologique de ces zones vulnérables avoisinant le San Juan inférieur. A l'audience, toutefois, le fait qu'il n'avait pas pris connaissance du rapport établi en 2011 par la mission consultative Ramsar n° 72, évoqué au cours de son contre-interrogatoire, est venu affaiblir la valeur de son intervention.

29. M. Thorne, l'expert principal du Costa Rica, n'a pas été en mesure de se rendre lui-même sur les lieux, les autorités nicaraguayennes lui ayant interdit l'accès au fleuve. Contrairement à ceux de MM. Kondolf et van Rhee, son rapport annexé au mémoire du Costa Rica¹⁸ traite de manière approfondie des effets du dragage sur les zones humides costariciennes. Dans le résumé de son rapport, il explique que la zone humide *Humedal Caribe Noreste*, qui pourrait être indirectement touchée par le dragage, « constitue l'habitat de tout un éventail de plantes, oiseaux, poissons, amphibiens, reptiles et mammifères, y compris bon nombre d'espèces emblématiques et menacées d'extinction »¹⁹. Les risques qui pèsent sur ces espèces « incluent la possibilité d'extinction pour celles qui sont menacées ou en voie de disparition »²⁰. Dans le rapport proprement dit, il affirme que le dragage a des « effets directs et à court terme sur l'environnement et l'écosystème du fleuve, dans la mesure où il perturbe la flore et la faune aquatiques, détruit des communautés benthiques et, potentiellement, accroît la turbidité et réduit la qualité de l'eau avec des conséquences affectant l'ensemble du réseau trophique »²¹. Il est ensuite fait état des répercussions éventuelles du dragage sur l'environnement des zones humides, notamment du point de vue du drainage de surface, de la qualité de l'eau, de la flore et de la faune terrestres et aquatiques, en particulier les poissons et les oiseaux²². En conclusion, le rapport indique que, au vu des données disponibles, « les risques morphologiques, environnementaux et écologiques associés à la poursuite du programme de dragage sont graves »²³. S'il s'est, dans son exposé écrit, essentiellement intéressé aux cartes et à la construction des trois *caños*, M. Thorne a néanmoins affirmé que « les perturbations de l'environnement et de l'écosystème sur chaque site de dragage

¹⁷ C. van Rhee et H. J. de Vriend, « Rapport sur la stabilité morphologique du delta du San Juan (Nicaragua/Costa Rica) », CMN, vol. IV, p. 19 et 23.

¹⁸ Colin Thorne, « Evaluation de l'impact physique des travaux effectués par le Nicaragua depuis octobre 2010 sur la géomorphologie, l'hydrologie et la dynamique des sédiments du fleuve San Juan de Nicaragua, ainsi que de leur impact environnemental en territoire costa-ricien », mémoire du Costa Rica (MCR), vol. I, appendice 1, p. 307.

¹⁹ *Ibid.*, p. 313.

²⁰ *Ibid.*, p. 315.

²¹ *Ibid.*, p. 443-444.

²² *Ibid.*, p. 454-458.

²³ *Ibid.*, p. 461.

that if the dredging programme were to be expanded to achieve its initial goal of greater navigability of the river this would have adverse impacts. Professor Thorne's testimony in the oral proceedings was largely devoted to maps and the cutting of the *caños*. However, when he testified in *Construction of a Road*, in response to a question by Judge Tomka, he issued the stark warning that "[t]he dredging programme, if it cuts off the sediment supply, will starve the delta, the Caribbean Sea will take it away, we will lose hundreds of hectares of wetland due to coastal erosion" (CR 2015/12, p. 52).

30. Only one expert on environmental impact assessments testified in the joined cases. He was Dr. William Sheate, who was called as a witness by Nicaragua in the *Construction of a Road* to give evidence on the question whether Costa Rica had breached its obligation to conduct an environmental impact assessment when it embarked on the construction of a road along the San Juan River. Although he did not provide evidence in *Certain Activities* there is no reason why his evidence should not be considered in that case as the two cases were joined and the issue of the obligation of a State to conduct an environmental impact assessment prior to embarking on an activity that risks causing significant transboundary harm arose in both cases. In his report in Nicaragua's Reply in the *Construction of a Road*²⁴, Dr. Sheate repeatedly stresses the sensitivity of the two wetlands, the *Refugio de Vida Silvestre* and the *Humedal Caribe Nor-este*, the fact that they are designated by Ramsar as wetlands of international importance and the need to conduct an environmental impact assessment in respect of any activity in the region. He declares that "[t]he Ramsar and UNESCO designations covering the San Juan River and adjacent areas should have been sufficient triggers on their own for an environmental impact assessment or some form of advance assessment to have been undertaken"²⁵. Later he goes further in saying that Ramsar designation should "alone" be sufficient reason to require an environmental impact assessment²⁶. Referring to the designation of an area as a Ramsar protected site, he states that

"[t]he likelihood of *significant* effects is increased because of the sensitive nature of the designated environment and the habitats and wild-

²⁴ William R. Sheate, "Comments on the Lack of EIA for the San Juan Border Road in Costa Rica, July 2014", Reply of Nicaragua (RN), Vol. II, Ann. 5, p. 281.

²⁵ *Ibid.*, pp. 284 and 297.

²⁶ *Ibid.*, p. 296.

[étaient] inévitables». Chose importante, tout en admettant la conclusion de M. van Rhee selon laquelle, si la portée en était réduite, le programme de dragage serait vraisemblablement moins nuisible pour l'environnement des zones humides, M. Thorne a mis en garde contre les effets préjudiciables de toute extension de celui-ci en vue de réaliser l'objectif initialement fixé, soit celui d'améliorer la navigabilité du fleuve. A l'audience, bien qu'il ait consacré l'essentiel de son exposé aux cartes et au dégagement des *caños*, il a prédit avec gravité, en réponse à une question posée par le juge Tomka en l'affaire relative à la *Construction d'une route*, que «[l]e programme de dragage, s'il interromp[ait] l'apport de sédiments, privera[it] le delta de ce qui l'aliment[ait], lequel [serait] emporté par la mer des Caraïbes, d'où la perte de centaines d'hectares de zones humides par suite de l'érosion du littoral» (CR 2015/12, p. 52).

30. De tous les experts ayant déposé dans le cadre des deux instances jointes, un seul était spécialiste de l'évaluation de l'impact sur l'environnement. Il s'agit de M. William Sheate, que le Nicaragua a fait entendre en l'affaire relative à la *Construction d'une route* sur la question de savoir si le Costa Rica avait manqué à son obligation de conduire pareille évaluation lorsqu'il avait entrepris son projet routier le long du fleuve San Juan. Bien qu'il n'ait pas été entendu en l'affaire relative à *Certaines activités*, rien ne s'oppose à ce que son exposé soit pris en considération dans le cadre de celle-ci, étant donné que les deux instances ont été jointes et qu'elles soulèvent l'une et l'autre la question de l'obligation incombant aux Etats d'évaluer l'impact sur l'environnement avant d'entreprendre une activité comportant un risque de dommage transfrontière important. Dans son rapport annexé à la réplique du Nicaragua en l'affaire relative à la *Construction d'une route*²⁴, M. Sheate souligne à plusieurs reprises la fragilité des deux zones humides en cause, le *Refugio de Vida Silvestre* et la *Humedal Caribe Noreste*, leur inscription en tant que zones humides d'importance internationale sous le régime de la convention de Ramsar et la nécessité d'évaluer l'impact sur l'environnement de toute activité envisagée dans la région. Il affirme que «[l]e fait que le fleuve San Juan et les zones adjacentes ont été mis sous la protection de la convention de Ramsar et de l'UNESCO aurait dû, en soi, justifier la tenue d'une évaluation de l'impact sur l'environnement ou, à tout le moins, une forme quelconque d'évaluation préalable»²⁵, ajoutant un peu plus loin que la désignation en tant que site Ramsar aurait dû suffire, «à elle seule», à rendre nécessaire l'évaluation de l'impact sur l'environnement²⁶. S'agissant de la désignation sous le régime de la convention de Ramsar, il précise ce qui suit :

«La probabilité d'effets *importants* est accrue par le caractère vulnérable de l'environnement désigné et des habitats et de la faune au

²⁴ William R. Sheate, «Observations sur l'absence d'évaluation de l'impact sur l'environnement préalable à la construction de la route frontalière longeant le San Juan», réplique du Nicaragua (RN), vol. II, annexe 5, p. 281.

²⁵ *Ibid.*, p. 284 et 297.

²⁶ *Ibid.*, p. 296.

life for which the area has been designated — the threshold for triggering an environmental impact assessment is therefore rightly expected to be much lower than if the receiving environment were not a Ramsar designated area”.²⁷

These opinions were restated by Dr. Sheate in his written statement and his oral evidence.

31. It is difficult to conclude that an examination of the “reports submitted and testimony given by experts called by both Parties” indicates that there was support for the finding that “the dredging programme planned in 2006 was not such as to give rise to a risk of significant transboundary harm . . . with respect to Costa Rica’s wetland” (Judgment, para. 105). The documents/reports submitted by Nicaragua failed to examine the impact of the dredging programme on Costa Rica’s wetlands at all. The fact that Nicaragua felt obliged to conduct an environmental impact study in respect of its own territory, however, suggests that it had cause for concern about the environmental impacts of its dredging on the area. The report of the Ramsar Advisory Mission No. 72 of 2011 stated that dredging presented a risk of environmental impact on the wetlands of both Costa Rica and Nicaragua and suggested that a new environmental impact study be carried out. It also recommended that there be regular monthly monitoring of the situation. Professor Kondolf had little to say about the impact of the dredging on the wetlands while Professor van Rhee merely affirmed that dredging would promote the flow of water in the river which would be beneficial to the wetlands. Moreover, he was unable to respond to questions about the Ramsar Report of 2011 because Nicaragua had failed to provide him with this important report. Professor Thorne, on the other hand, made it clear that the dredging programme had serious consequences for the wetlands. The only expert witness on environmental impact assessments, Dr. Sheate, testified that the fact that an area had been designated a Ramsar site of international importance was alone sufficient to trigger the need for an environmental impact assessment and that there was a lower threshold for the assessment of risk of harm in such a designated area.

32. Rather than showing that there was no need for Nicaragua to conduct an environmental impact assessment in respect of the risk of significant transboundary harm to Costa Rica’s wetlands, the evidence contained in the reports and testimonies of witnesses called by both Parties shows that there was a risk of harm to Costa Rica’s Ramsar-designated site at the time the dredging was planned regardless of the fact that no harm was later proved. The Court should have held that in a Ramsar-designated wetland there was a lower threshold of risk, that Nicaragua had failed to show that it had considered the question of transboundary harm at all and that the risk to the wetland was sufficient for

²⁷ *Op. cit. supra* note 24, p. 297.

titre desquels le site a été désigné. On s'attend donc à juste titre à ce que le seuil de déclenchement d'une évaluation de l'impact sur l'environnement soit bien plus faible que dans le cas d'un environnement récepteur non désigné site Ramsar.»²⁷

M. Sheate a réitéré l'ensemble de ces affirmations dans son exposé écrit et à l'audience.

31. Il est difficile de voir comment l'examen des «éléments de preuve versés au dossier, y compris les rapports et exposés des experts que les deux Parties ont fait entendre», permet de conclure que «le programme de dragage envisagé en 2006 n'était pas de nature à créer un risque de dommage transfrontière important ... à l'égard ... de la zone humide du Costa Rica» (arrêt, par. 105), étant donné que les documents et rapports soumis par le Nicaragua n'en traitent pas du tout. Le fait que ce dernier ait jugé nécessaire de conduire une étude de l'impact sur son propre territoire laisse toutefois penser qu'il avait des raisons de s'inquiéter des effets environnementaux de ses opérations de dragage dans la région. Le rapport de la mission consultative Ramsar n° 72 de 2011 indiquait que le programme présentait un risque d'impact environnemental pour les zones humides tant au Costa Rica qu'au Nicaragua. Il recommandait une nouvelle étude à cet égard, ainsi que des contrôles mensuels réguliers. M. Kondolf s'est montré assez laconique sur la question de l'impact du dragage sur les zones humides. Quant à M. van Rhee, il s'est contenté d'affirmer que celui-ci favoriserait le débit du fleuve, ce qui serait bénéfique aux zones humides, et a par ailleurs été dans l'incapacité de répondre aux questions concernant le rapport Ramsar de 2011, le Nicaragua ne lui ayant pas communiqué cet important document. M. Thorne, en revanche, a clairement déclaré que le programme de dragage serait lourd de conséquences pour les zones humides. Le seul expert spécialiste de l'évaluation de l'impact sur l'environnement, M. Sheate, a pour sa part affirmé que la désignation de la zone en tant que site d'importance internationale sous le régime de la convention de Ramsar suffisait, en soi, à rendre nécessaire l'évaluation de l'impact sur l'environnement et que le seuil de déclenchement de cette obligation était moins élevé s'agissant de telles zones protégées.

32. Loin de montrer que le Nicaragua n'était pas tenu de procéder à une évaluation de l'impact environnemental relativement au risque de dommage transfrontière important qui pesait sur les zones humides du Costa Rica, les éléments de preuve ressortant des rapports et exposés des experts que les deux Parties ont fait entendre indiquent que, au moment de la planification du dragage, il existait un risque pour la zone humide costa-ricienne placée sous la protection de la convention de Ramsar, indépendamment du fait qu'aucun dommage n'a été démontré par la suite. La Cour aurait dû conclure que, s'agissant d'une zone humide protégée sous le régime de la convention de Ramsar, il y avait lieu d'appliquer

²⁷ *Op. cit. supra* note 24, p. 297.

Nicaragua to have conducted an environmental impact assessment that examined the risk that its dredging programme posed to Costa Rica's wetlands.

33. The temporal factor is important in assessing Nicaragua's obligation to conduct an environmental impact assessment. The planned aim of the dredging in 2006 was to improve navigability on the San Juan River by deepening and widening the navigation channel²⁸. Both van Rhee (*supra*, para. 28) and Thorne (*supra*, para. 29) testified that Nicaragua had reduced the scale of the dredging programme that was planned in 2006. As a result of this the risk of harm to the wetlands had been diminished. However, in assessing the risk for the purpose of deciding whether Nicaragua should have conducted an environmental impact assessment, it is necessary to have regard to the dredging programme *as it was planned in 2006*. This was the question that required consideration and not the question whether the evidence of the implementation of the dredging in 2015 showed that the dredging programme planned in 2006 was not such as to give rise to a risk of significant transboundary harm. The evidence of Professor Thorne is important in this regard. In his first report, included in Costa Rica's Memorial, he provides a comprehensive account of the potential environmental impact of the dredging as planned in 2006. But in his written statement of 2015 he is less critical of this impact on account of the reduction of the dredging that had been planned (*supra*, para. 29). That the original dredging plan of 2006 held a risk of transboundary harm was confirmed by the Ramsar Report of 2011. Moreover, the clear implication of Dr. Sheate's evidence is that an environmental impact assessment was without doubt required when a Ramsar-designated wetland was at risk. The Court's pronouncement that "the dredging programme planned in 2006 was not such as to give rise to a risk of significant transboundary harm . . . with respect to . . . Costa Rica's wetland" (Judgment, para. 105) based on the reports submitted and the testimony given by experts called by both Parties takes no account of the fact that Nicaragua's documents/reports had nothing to say on this subject, that the Ramsar Report of 2011 expressed serious concern about the risk to the environment and that the testimony of witnesses showed on a balance of probabilities (and possibly beyond reasonable doubt) that there was a risk to Costa Rica's wetland in 2006. Furthermore it takes no account of the fact that Costa Rica was prevented by Nicaragua from measuring the flow of water in the river to provide proof of the impact of the dredging on its wetlands; and that Nicaragua had itself either not taken such measurements or refused to disclose them. Such conduct on the part of Nicaragua

²⁸ See Environmental Impact Study for Improving Navigation on the San Juan de Nicaragua River, September 2006, CMN, Vol. II, Ann. 7, para. 2.1.3.

un seuil moins élevé, que le Nicaragua n'avait pas démontré s'être préoccupé un tant soit peu de la question des dommages transfrontières et que la menace qui visait la zone humide costa-ricienne justifiait largement à elle seule qu'il procède à une évaluation de l'impact sur l'environnement en vue d'examiner le risque que présentait son programme de dragage.

33. La question de savoir si le Nicaragua était tenu d'effectuer pareille évaluation présente un aspect temporel important. Le programme de dragage envisagé en 2006 avait pour objet d'améliorer la navigation sur le fleuve San Juan en accroissant la profondeur et la largeur du chenal²⁸. MM. van Rhee (*supra* par. 28) et Thorne (*supra* par. 29) ont tous deux confirmé que le Nicaragua avait par la suite réduit l'échelle du projet initial de 2006, limitant ainsi le risque d'endommagement des zones humides. Quoiqu'il en soit, pour évaluer le risque en vue de déterminer si le Nicaragua était tenu de procéder à une évaluation de l'impact environnemental, c'est bien le programme de dragage *tel qu'il a été conçu en 2006* qui devait être pris en considération, sans égard à la question de savoir si les éléments ayant trait à sa mise en œuvre en 2015 ont démontré que le programme envisagé en 2006 n'était pas de nature à poser un risque de dommage transfrontière important. Les déclarations de M. Thorne présentent sur ce point un grand intérêt. Dans son premier rapport, intégré au mémoire du Costa Rica, il dresse un inventaire exhaustif des éventuelles répercussions environnementales des opérations de dragage programmées en 2006. Dans son exposé écrit de 2015, toutefois, il se montre moins sévère à ce chapitre, du fait que l'échelle des activités a été réduite par rapport à ce qui avait été initialement prévu (*supra* par. 29). Le rapport Ramsar de 2011 a néanmoins confirmé que le projet initial de 2006 comportait un risque de dommage transfrontière. De plus, il ressort clairement des propos de M. Sheate que, dès lors qu'une zone humide protégée sous le régime de la convention de Ramsar est menacée, l'existence de l'obligation de procéder à une évaluation de l'impact environnemental ne fait aucun doute. En concluant que, au vu des rapports et exposés des experts que les deux Parties ont fait entendre, «le programme de dragage envisagé en 2006 n'était pas de nature à créer un risque de dommage transfrontière important ... à l'égard ... de la zone humide du Costa Rica» (arrêt, par. 105), la Cour omet que les documents et rapports soumis par le Nicaragua étaient muets sur cette question, que de vives préoccupations avaient été formulées dans le rapport Ramsar de 2011 quant au risque pesant sur l'environnement et que les dépositions des experts ont démontré selon le critère de l'hypothèse la plus vraisemblable, voire au-delà de tout doute raisonnable, l'existence en 2006 d'un risque pour la zone humide du Costa Rica. Par ailleurs, cette conclusion ne tient pas compte du fait que le Nicaragua a empêché ce dernier de mesurer le débit du fleuve afin d'établir l'impact du dragage sur ses zones humides, tout en

²⁸ Voir l'étude de l'impact sur l'environnement du «projet visant à l'amélioration de la navigabilité du fleuve San Juan», septembre 2006, CMN, vol. II, annexe 7, par. 2.1.3.

affects the burden of proof as was stated by the Court in the *Corfu Channel* case:

“exclusive territorial control exercised by a State within its frontiers has a bearing upon the methods of proof available . . . By reason of this exclusive control, the other State, the victim of a breach of international law, is often unable to furnish direct proof of facts giving rise to responsibility. Such a State should be allowed a more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence.” (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment, I. C.J. Reports 1949*, p. 18.)

34. The fact-finding of the Court cannot be substantiated. To make matters worse the decision of the Court cannot be reconciled either with the reasoning on the obligation to conduct an environmental impact assessment employed by the Court in *Construction of a Road* or with the rules relating to environmental impact assessments expounded by the Court and set out in paragraph 19 above. First, there is no examination of the factual situation of Costa Rica’s wetlands of the kind carried out by the Court in respect of the road along the San Juan River (Judgment, para. 155). Second, there is no suggestion that Nicaragua carried out “an objective evaluation of all the relevant circumstances” (*ibid.*, para. 153). On the contrary, the Court itself states that Nicaragua’s environmental study was confined to “its own environment” (*ibid.*, para. 105). This flies in the face of the statement of the International Law Commission that an environmental impact assessment should include an assessment of the effects of the activity “on the environment of other States” (see *supra* para. 18). In these circumstances it is impossible to conclude that Nicaragua had discharged the burden of proof in showing that it had carried out an adequate preliminary assessment of the impact of its dredging programme on Costa Rica’s wetlands. Third, the Court’s finding fails to take into account the circumstances affecting the environment of the Lower San Juan River. In particular it does not mention that the Costa Rican wetland in question — the *Humedal Caribe Noreste* — like the Nicaraguan wetland — the *Refugio de Vida Silvestre Río San Juan*, invoked in the *Construction of a Road*, is a Ramsar Convention protected wetland “which heightens the risk of significant damage because it denotes that the receiving environment is particularly sensitive” (Judgment, para. 155). Fourth, the Court disregards its requirement that a State must exercise due diligence in ascertaining whether there is a risk of significant transboundary harm prior to undertaking an activity having the potential adversely to affect the environment of another State (*ibid.*, para. 153). Nicaragua’s environmental impact study which took no account of *transboundary* harm clearly failed to meet the standard of due diligence. Fifth, the Court seems to have reached its conclusion that there was no risk of significant transboundary harm when the dredging programme was

négligeant de prendre lui-même de telles mesures ou en refusant d'en donner communication. Comme l'a dit la Cour en l'affaire du *Détroit de Corfou*, pareille attitude de la part du Nicaragua a une incidence sur la charge de la preuve :

«[L]e contrôle territorial exclusif exercé par l'Etat dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve... Du fait de ce contrôle exclusif, l'Etat victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciels.» (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 18.)

34. La démarche adoptée par la Cour pour la recherche des faits est difficile à soutenir. Pis encore, sa décision est incompatible tant avec le raisonnement qu'elle a suivi en l'affaire relative à la *Construction d'une route*, s'agissant de l'obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement, qu'avec les règles qu'elle a établies en la matière et qui sont rappelées au paragraphe 19 ci-dessus. Premièrement, elle n'a pas examiné la situation factuelle des zones humides du Costa Rica comme elle l'a fait en ce qui concerne la route qui longe le fleuve San Juan (arrêt, par. 155). Deuxièmement, rien n'indique que le Nicaragua a procédé à une «évaluation objective de l'ensemble des circonstances» (*ibid.*, par. 153). Au contraire, la Cour dit elle-même que l'étude qu'il a effectuée était limitée à «son propre environnement» (*ibid.*, par. 105), ce qui va à l'encontre de la règle énoncée par la Commission du droit international, selon laquelle l'évaluation doit s'étendre aux effets que l'activité pourrait avoir «sur l'environnement d'autres Etats» (voir *supra* par. 18). Dans ces conditions, il était impossible de conclure que le Nicaragua s'est acquitté de la charge qui lui incombait de prouver qu'il avait dûment procédé à l'évaluation préalable de l'impact de son programme de dragage sur les zones humides du Costa Rica. Troisièmement, la conclusion de la Cour ne tient pas compte des spécificités environnementales du cours inférieur du fleuve San Juan. Ainsi, elle ne mentionne pas que la zone humide costa-ricienne en question, la *Humedal Caribe Noreste*, tout comme celle du Nicaragua, le *Refugio de Vida Silvestre Río San Juan*, dont il est question en l'affaire relative à la *Construction d'une route*, est protégée sous le régime de la convention de Ramsar, ce qui «témoigne de la fragilité particulière de l'environnement concerné, [et] augment[e] le risque de préjudice important» (arrêt, par. 155). Quatrièmement, la Cour passe outre à l'exigence qu'elle a elle-même fixée et selon laquelle l'Etat doit agir avec toute la diligence requise en vérifiant s'il existe un risque de dommage transfrontière important avant d'entreprendre une activité pouvant avoir un impact préjudiciable sur l'environnement d'un autre Etat (*ibid.*, par. 153). L'étude de l'impact sur l'environnement effectuée par le Nicaragua, qui ne tenait aucun compte des dommages *transfrontières*, n'était manifestement pas conforme à cette obligation de diligence. Cinquièmement, pour conclure

planned in 2006 on the basis of the evidence of witnesses testifying on the impact of the dredging in 2015. This inference is drawn from the fact that the Court examined the impact of the dredging in its consideration of the question whether it had caused significant transboundary harm in 2015 but not the risk — a lower threshold — that it might cause significant transboundary harm in 2006. This finding differs fundamentally from that of the Court in *Construction of a Road* where it was careful to distinguish between the risk of transboundary harm when the road was planned and the question whether such harm had been proved in 2015. If the Court's conclusion was reached in some other way, it was careful to conceal this in paragraph 105.

35. The evidence examined shows that there was a risk of significant transboundary impacts to Costa Rica's wetlands arising from the dredging project as planned in 2006. This risk was not as obvious or as great as that posed by the construction of Route 1856 in *Construction of a Road*. Nevertheless there was a risk and Nicaragua had an obligation to carry out an environmental impact assessment that examined not only the impact of the dredging on its own territory but also the impact on Costa Rica's territory. By failing to do so it breached its obligation under general international law to conduct an environmental impact assessment.

IX. RAMSAR CONVENTION

36. *Certain Activities* and *Construction of a Road* are both concerned with the protection of the wetlands environment and the Ramsar Convention is the most important multilateral convention on this subject. It was the first conservation convention that focused exclusively on habitat. Both Parties appreciated the importance of the Ramsar Convention and accused each other of violating its terms by failing to notify and consult one other in respect of potential environmental impacts. In these circumstances, one might have expected the Court to have more seriously considered the relevance of the Convention to the two cases before it.

37. Two wetlands in the vicinity of the disputed territory and the Lower San Juan River are listed with the Secretariat of Ramsar as Wetlands of International Importance: the *Humedal Caribe Noreste* wetland of Costa Rica and the *Refugio de Vida Silvestre Río San Juan* of Nicaragua. Wetlands are selected for listing on account of their international significance in terms of ecology, botany, zoology, limnology or hydrology. Both wetlands include estuaries, lagoons and marshes and are home to migratory birds, salamanders and aquatic life.

qu'il n'existait, lorsque le projet a été conçu en 2006, aucun risque de dommage transfrontière important, la Cour paraît s'être fondée sur les éléments fournis par les experts à propos de l'impact du dragage en 2015, comme en témoigne le fait qu'elle a abordé la question de l'impact en recherchant si, en 2015, le programme avait causé des dommages transfrontières importants, sans s'intéresser à l'existence, en 2006, d'un risque à cet égard, ce qui constitue un seuil moins élevé. Cette conclusion diffère fondamentalement de celle qu'elle a énoncée en l'affaire relative à la *Construction d'une route*, où elle a pris grand soin d'établir une distinction entre le risque de dommage transfrontière existant au moment où la route n'était encore qu'un projet et la réalisation éventuelle de ces dommages en 2015. Si elle est parvenue à sa conclusion de quelque autre manière, elle se garde bien d'en faire état au paragraphe 105.

35. Les éléments de preuve examinés montrent que le projet de dragage, tel qu'il a été conçu en 2006, comportait un risque d'effets transfrontières importants sur les zones humides du Costa Rica. S'il n'était pas aussi évident ni aussi important que celui posé par le projet routier en cause dans l'affaire relative à la *Construction d'une route*, ce risque n'en existait pas moins et le Nicaragua n'en était pas moins tenu de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement pour examiner quelle serait l'incidence de ses opérations de dragage non seulement sur son propre territoire, mais également sur celui du Costa Rica. En omettant de le faire, il a manqué à l'obligation lui incombant au titre du droit international général.

IX. LA CONVENTION DE RAMSAR

36. Dans chacune des affaires relatives à *Certaines activités* et à la *Construction d'une route*, il est question de protection de l'environnement de zones humides. Principal traité multilatéral en la matière, la convention de Ramsar est également le premier texte concernant la conservation qui soit exclusivement consacré à l'habitat. Les Parties en ont toutes deux souligné l'importance, chacune accusant l'autre d'en avoir violé les dispositions en manquant à ses obligations de notification et de consultation quant aux risques d'impact environnemental. On aurait donc pu s'attendre à ce que la Cour examine plus attentivement l'importance de ce texte dans les deux affaires.

37. Deux zones humides avoisinant le territoire litigieux et le cours inférieur du fleuve San Juan sont inscrites sur la liste des zones humides d'importance internationale établie par le secrétariat de la convention de Ramsar : la *Humedal Caribe Noreste*, qui appartient au Costa Rica, et le *Refugio de Vida Silvestre Río San Juan*, relevant du Nicaragua. Bénéficient d'une telle inscription les sites présentant une importance internationale du point de vue écologique, botanique, zoologique, limnologique ou hydrologique. Les deux zones humides en question se caractérisent par des estuaires, lagunes et marécages abritant des oiseaux migrateurs, des salamandres et diverses espèces aquatiques.

38. The legal provisions of the Ramsar Convention relating to notification and consultation invoked by both Parties are Articles 3 (1) and 5:

“Article 3

- 1. The Contracting Parties shall formulate and implement their planning so as to promote the conservation of the wetlands included in the List, and as far as possible the wise use of wetlands in their territory.

.....

Article 5

The Contracting Parties shall consult with each other about implementing obligations arising from the Convention especially in the case of a wetland extending over the territories of more than one Contracting Party or where a water system is shared by Contracting Parties. They shall at the same time endeavour to co-ordinate and support present and future policies and regulations concerning the conservation of wetlands and their flora and fauna.”

39. In *Certain Activities* Costa Rica alleged that Nicaragua had violated Article 5 of the Ramsar Convention by refusing to provide it with information about its dredging programme or to inform it about the environmental impact study that it had conducted so that Costa Rica would have been able to consider the impacts of the proposed works on its territory (MCR, Vol. I, para. 5.17). Nicaragua contested this, arguing that the obligation to notify, consult or provide an environmental impact assessment arose only under general international law where there was a risk of a significant transboundary impact, but failed to address the obligation to consult under Article 5 of the Ramsar Convention which is not restricted to situations involving a risk of significant transboundary impact. However, Nicaragua changed its position on this in the *Construction of a Road* when it stated that “there is no requirement in this article [Art. 5] that a party’s activities cause or risk causing significant harm to another party” (RN, Vol. I, para. 6.114).

40. Article 5 requires States to consult with each other on the implementation of “obligations arising from the Convention especially in the case of a wetland extending over the territories of more than one Contracting State or where a water system is shared by Contracting Parties”. As the listed wetlands of Costa Rica and Nicaragua share a common water system it follows that there is an obligation on both Parties to consult with each other on issues affecting this shared water system.

41. Article 5 must be read with Article 3 (1) which provides: “The Contracting Parties shall formulate and implement their planning so as to promote the conservation of the wetlands included in the List, and as far

38. Les dispositions de la convention de Ramsar relatives à la notification et à la consultation qui ont été invoquées par l'une et l'autre Partie sont le paragraphe 1 de l'article 3 et l'article 5 :

«Article 3

1. Les Parties contractantes élaborent et appliquent leurs plans d'aménagement de façon à favoriser la conservation des zones humides inscrites sur la Liste et, autant que possible, l'utilisation rationnelle des zones humides de leur territoire.

.....

Article 5

Les Parties contractantes se consultent sur l'exécution des obligations découlant de la Convention, particulièrement dans le cas d'une zone humide s'étendant sur les territoires de plus d'une Partie contractante ou lorsqu'un bassin hydrographique est partagé entre plusieurs Parties contractantes. Elles s'efforcent en même temps de coordonner et de soutenir leurs politiques et réglementations présentes et futures relatives à la conservation des zones humides, de leur flore et de leur faune.»

39. En l'affaire relative à *Certaines activités*, le Costa Rica reprochait au Nicaragua d'avoir manqué aux obligations lui incombant au titre de l'article 5 de la convention en refusant de lui fournir des renseignements concernant son programme de dragage ou de lui communiquer les résultats de son étude de l'impact sur l'environnement, lesquels lui auraient permis d'évaluer l'incidence du projet sur son territoire (MCR, vol. I, par. 5.17). Contestant cette allégation, le Nicaragua a répondu que l'obligation d'informer et de consulter l'Etat voisin et celle de lui transmettre les résultats d'une évaluation de l'impact sur l'environnement ne s'appliquaient, au regard du droit international général, qu'en cas de risque de dommage transfrontière important, sans toutefois aborder l'obligation de consultation prévue à l'article 5 de la convention, obligation qui, elle, n'est pas subordonnée à l'existence d'un risque de dommage transfrontière important. Il a toutefois adopté une position différente en l'affaire relative à la *Construction d'une route*, affirmant que «[r]ien dans cet article [art. 5] n'exige que les activités litigieuses causent ou risquent de causer un dommage important à l'autre partie» (RN, vol. I, par. 6.114).

40. L'article 5 impose aux Etats de se consulter sur l'exécution des «obligations découlant de la Convention, particulièrement dans le cas d'une zone humide s'étendant sur les territoires de plus d'une Partie contractante ou lorsqu'un bassin hydrographique est partagé entre plusieurs Parties contractantes». En l'espèce, les zones humides en cause faisant partie d'un réseau hydrographique partagé entre les Parties, les deux Etats sont soumis à l'obligation de se consulter sur toute question concernant celui-ci.

41. L'article 5 doit s'interpréter à la lumière du paragraphe 1 de l'article 3, aux termes duquel «[l]es Parties contractantes élaborent et appliquent leurs plans d'aménagement de façon à favoriser la conservation des zones

as possible the wise use of wetlands in their territory.” While the “wise use of wetlands in their territory” obligation is limited to Nicaragua’s territory and thus may not give rise to a specific obligation to consult, the same cannot be said of the first half of Article 3 (1) dealing with listed wetlands. According to *Lyster’s International Wildlife Law* there is “some form of collective responsibility for such sites”²⁹. Their designation as sites of international importance means that they are “resources of ‘common concern’ to the international community as a whole”³⁰. The obligation to formulate and implement planning so as to promote the conservation of wetlands applies generally to all wetlands included in the List, and thus has extraterritorial effect. “The precise nature and extent of their responsibility towards sites designated by other States is uncertain, but should at least involve an obligation to avoid causing them significant harm.”³¹

42. Article 3 (1) should therefore be read as imposing an obligation to undertake planning “to promote the conservation of the wetlands included in the List” which clearly covers the wetlands of Costa Rica and Nicaragua that share the same water system. Thus it may convincingly be argued that when Nicaragua planned its dredging programme in 2006 and carried out an environmental impact study it was bound to “formulate and implement” its planned environmental assessment study in such a way as to promote the conservation not only of its own wetland, the *Refugio de Vida Silvestre Rio San Juan*, but also of Costa Rica’s *Humedal Caribe Noreste*. Article 3 (1) thus enlivens the procedural obligation to conduct an environmental impact assessment under general international law, giving it a substantive content requirement — namely to promote the conservation of the wetlands. It does not stipulate the circumstances in which such planning is to take place, and is not subject to any separate threshold requirement. But it makes it clear that the planning must be formulated and implemented to promote the conservation of wetlands.

43. Nicaragua does not deny that there is a relationship between the environmental impact assessment obligation and Article 3 (1). In its Memorial in *Construction of a Road*, alleging that Costa Rica had breached Article 3 (1), it noted that Article 3 (1) applied whether or not the affected wetland was within Costa Rican territory, and explained that conservation of wetlands “is premised upon appropriate planning, something Costa Rica did not do in respect of its road project” (Memorial of Nicaragua (MN), Vol. I, paras. 5.74-5.75). Nicaragua accepted that the

²⁹ M. Bowman, P. Davies and C. Redgwell, *Lyster’s International Wildlife Law*, Cambridge University Press, 2nd ed., 2010, p. 420.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, p. 424.

humides inscrites sur la Liste et, autant que possible, l'utilisation rationnelle des zones humides de leur territoire». Si l'obligation relative à «l'utilisation rationnelle des zones humides de leur territoire» était limitée au territoire nicaraguayen et n'emportait donc aucun devoir de consultation spécifique, on ne saurait en dire autant de la première partie du paragraphe 1 de l'article 3, qui concerne les zones humides inscrites sur la liste. Selon l'ouvrage *Lyster's International Wildlife Law*, «pareils sites appellent une certaine forme de responsabilité collective»²⁹. Leur désignation en tant que zones d'importance internationale signifie qu'il s'agit de «ressources «d'intérêt commun» pour la communauté internationale dans son ensemble»³⁰. L'obligation d'élaborer et d'appliquer les plans d'aménagement de façon à favoriser la conservation des zones humides s'applique, de manière générale, à toutes les zones humides inscrites sur la liste et est donc d'effet extra-territorial. «Quoique de nature et de portée incertaines, la responsabilité de l'Etat à l'égard des zones désignées par un autre Etat emporte à tout le moins l'obligation de s'abstenir de leur causer des dommages importants.»³¹

42. Il convient donc de considérer que le paragraphe 1 de l'article 3 impose l'obligation d'entreprendre l'élaboration de plans d'aménagement «de façon à favoriser la conservation des zones humides inscrites sur la Liste», ce qui vaut sans aucun doute pour les zones humides du Costa Rica et du Nicaragua faisant partie du même bassin hydrographique. En conséquence, l'on serait fondé à faire valoir que, lorsqu'il a, en 2006, conçu son programme de dragage et réalisé une étude de l'impact sur l'environnement, le Nicaragua était tenu d'«élaborer et d'appliquer» celle-ci de manière à favoriser la conservation non seulement de sa propre zone humide, le *Refugio de Vida Silvestre Río San Juan*, mais également de celle du Costa Rica, la *Humedal Caribe Noreste*. Le paragraphe 1 de l'article 3 donne ainsi corps à l'obligation procédurale qu'impose le droit international général d'évaluer l'impact sur l'environnement, en lui adjoignant une obligation de fond, celle de favoriser la conservation des zones humides. S'il ne précise pas les circonstances dans lesquelles ces plans d'aménagement doivent être établis et ne fixe aucun seuil distinct, il dispose toutefois clairement que les plans doivent être élaborés et appliqués de manière à favoriser la conservation des zones humides.

43. Le Nicaragua ne nie pas qu'il existe un lien entre l'obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement et le paragraphe 1 de l'article 3. Dans le mémoire qu'il a déposé en l'affaire relative à la *Construction d'une route*, où il reprochait au Costa Rica de ne pas s'y être conformé, il soulignait que cette disposition trouvait à s'appliquer indépendamment du fait que la zone humide touchée se trouvait ou non en territoire costa-ricien, arguant de ce que la conservation des zones humides «repos[ait] sur une planification appropriée, à laquelle le Costa Rica n'a[vait] pas procédé

²⁹ M. Bowman, P. Davies et C. Redgwell, *Lyster's International Wildlife Law*, Cambridge University Press, 2^e éd., 2010, p. 420.

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, p. 424.

obligation under Article 3 (1) applies equally to both Costa Rican and Nicaraguan wetlands (MN, Vol. I, para. 5.74) and acknowledged the link between Article 3 (1) and the obligation to conduct an environmental impact assessment (*ibid.*, paras. 6.112-6.115). As shown in paragraph 39 above, Nicaragua recognized that Article 5 does not require proof of significant transboundary harm to bring it into operation (*ibid.*, para. 6.114).

44. When read in conjunction with Article 3 (1), Nicaragua was obliged to consult with Costa Rica on the promotion of conservation in both its own wetland and that of Costa Rica in its planning of activities affecting the wetlands. This included the carrying out of an environmental impact assessment. To effectively consult in the implementation of Article 3 (1), Nicaragua was required at a minimum to provide a draft copy of its 2006 environmental impact study to Costa Rica and to seek its input before finalizing its plans. Nicaragua does not contest that it failed to do so, although it says that the information was publicly available, at least in summary form, through Nicaraguan press sources. This is not sufficient to constitute consultation. It therefore appears that Nicaragua is in breach of its obligations under Article 5 of the Ramsar Convention in that it failed to consult with Costa Rica on the implementation of Article 3 (1).

45. This final part of my opinion is concerned with Nicaragua's failure to conduct an adequate environmental impact assessment and to consult with Costa Rica in respect of its dredging programme as required by the Ramsar Convention. It should, however, be made clear that Costa Rica likewise breached its obligations under the Ramsar Convention by failing to conduct an environmental impact assessment for the construction of a road along the San Juan River, which forms part of Nicaragua's wetland. It is in breach of Article 3 (1) because by not carrying out an environmental impact assessment it failed to take measures to promote the conservation of the listed wetlands. Costa Rica is also in breach of Article 5 of the Ramsar Convention because it failed to consult with Nicaragua on its planned activities involving the construction of the road. Paragraph 172 of the Judgment wrongly seems to assume that the obligation to consult under Article 5 of the Ramsar Convention only comes into operation when there is proof of significant transboundary harm. As shown above, in paragraph 39, Article 5 contains no such requirement.

(Signed) John DUGARD.

relativement à son projet routier» (mémoire du Nicaragua (MN), vol. I, par. 5.74-5.75). Il admettait que l'obligation découlant du paragraphe 1 de l'article 3 s'appliquait aussi bien aux zones humides se trouvant sur son propre territoire qu'à celles situées au Costa Rica (*ibid.*, par. 5.74) et reconnaissait le rapport unissant le paragraphe 1 de l'article 3 à l'obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement (*ibid.*, par. 6.112-6.115). Ainsi qu'il a été montré au paragraphe 39 ci-dessus, il a en outre admis que l'application de l'article 5 n'était pas subordonnée à la preuve d'un dommage transfrontière important (*ibid.*, par. 6.114).

44. Interprétée à la lumière du paragraphe 1 de l'article 3, cette disposition obligeait le Nicaragua à consulter le Costa Rica sur le moyen de favoriser la conservation non seulement de sa propre zone humide, mais également de celle située sur le territoire de ce dernier, dans le cadre des activités qu'il projetait et qui étaient susceptibles de répercussions sur ces zones, notamment par la réalisation d'une évaluation de l'impact sur l'environnement. Pour être effective, la consultation au titre du paragraphe 1 de l'article 3 supposait à tout le moins, de la part du Nicaragua, la remise au Costa Rica d'une version provisoire de son étude de l'impact environnemental de 2006, de sorte à obtenir ses observations avant d'achever la conception du projet. Le Nicaragua reconnaît n'en avoir rien fait, mais affirme que les informations étaient publiquement accessibles, du moins sous forme sommaire, auprès des médias nicaraguayens. Or cela ne saurait constituer une consultation suffisante. Il appert en conséquence que le Nicaragua a manqué aux obligations que lui imposait l'article 5 de la convention de Ramsar en omettant de consulter le Costa Rica sur l'exécution de l'obligation prévue au paragraphe 1 de l'article 3.

45. Cette dernière partie de l'exposé de mon opinion est consacrée au manquement du Nicaragua à l'obligation de réaliser une évaluation satisfaisante de l'impact sur l'environnement et de consulter le Costa Rica concernant son programme de dragage, comme l'exigeait la convention de Ramsar. Il doit toutefois être précisé que le Costa Rica a lui aussi manqué à ses obligations au regard de la convention en ne réalisant pas pareille évaluation relativement à la construction de sa route le long du fleuve San Juan, laquelle traverse la zone humide du Nicaragua, contrevenant ainsi au paragraphe 1 de l'article 3. En effet, en s'abstenant de procéder à cette évaluation, il a manqué à son devoir de prendre des mesures en vue de favoriser la conservation des zones humides inscrites sur la liste. Le Costa Rica a également enfreint l'article 5 de la convention de Ramsar en omettant de consulter le Nicaragua à propos des activités qu'il envisageait d'entreprendre dans le cadre de la construction de la route. Le paragraphe 172 du présent arrêt semble, à tort, poser en principe que l'obligation de consultation découlant du paragraphe 1 de l'article 5 de la convention de Ramsar est subordonnée à la preuve d'un dommage transfrontière important. Or, ainsi qu'il a été démontré au paragraphe 39 ci-dessus, l'article 5 ne comporte aucune exigence de la sorte.

(Signé) John DUGARD.