



HAL
open science

La contribution en demie teinte de la CIJ au droit international de l'environnement dans les affaires Costa-Rica-Nicaragua

Sandrine Maljean-Dubois, Yann Kerbrat

► To cite this version:

Sandrine Maljean-Dubois, Yann Kerbrat. La contribution en demie teinte de la CIJ au droit international de l'environnement dans les affaires Costa-Rica-Nicaragua. *Journal du droit international (Clunet)*, A paraître. <halshs-01894579>

HAL Id: halshs-01894579

<https://shs.hal.science/halshs-01894579v1>

Submitted on 12 Oct 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

***La contribution en demie teinte de la CIJ au droit international de l'environnement
dans les affaires Costa-Rica – Nicaragua***

Yann KERBRAT,
Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne
Université Paris 1
Directeur de l'IREDIÉS
&
Sandrine MALJEAN-DUBOIS,
Directrice de recherche au CNRS
Aix Marseille Université, Université de Toulon, Université Pau & Pays Adour, CNRS,
DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France

Les différends entre le Nicaragua et le Costa Rica ont occupé une place importante dans l'activité de la Cour internationale de Justice au cours des dernières années. Depuis 2010, quatre affaires opposant ces deux États ont été introduites, trois arrêts ont été rendus. Deux d'entre elles sont relatives à des questions de délimitation terrestre et maritime ; elles se sont conclues par un arrêt rendu le 2 février 2018. Deux autres ont été introduites en miroir en 2010 et 2011.

La première, intitulée *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (ci-après *Certaines activités*) a été introduite par le Costa Rica qui alléguait diverses violations par le Nicaragua de l'intégrité territoriale du Costa Rica et règles du droit international général de l'environnement dans une zone de quelques kilomètres carrés située à la frontière entre les deux États à l'embouchure du fleuve San Juan dans la mer des Caraïbes. Le Nicaragua avait notamment fait réaliser dans cette zone, que la Cour internationale considérera comme située sur le territoire du Costa Rica, des travaux de dragage et d'aménagement de chenaux donnant sur le fleuve San Juan afin d'améliorer la navigabilité de son cours inférieur. Il avait coupé à cet effet arbres et végétation sans avoir préalablement sollicité l'autorisation du souverain territorial. La zone avait été désignée zone humide d'importance internationale en vertu de la Convention de Ramsar¹ par le Costa Rica en 1996, tandis que le Nicaragua avait également désigné zone humide d'importance internationale la région immédiatement adjacente.

La seconde, nommée *Construction d'une route le long du fleuve San Juan* (ci-après affaire *Construction d'une route*) a été initiée par le Nicaragua qui, faisant sienne la devise selon laquelle la meilleure défense est l'attaque, prétendait que le Costa Rica avait lui aussi commis diverses violations du droit international de l'environnement, du fait qu'il avait fait construire une route de plusieurs centaines de kilomètres le long du fleuve frontière, causant prétendument des dommages à l'environnement de la ressource partagée, sans avoir réalisé au préalable une étude de l'impact sur l'environnement de son projet de construction.

Les deux affaires ont été jointes avec le consentement des deux parties². La Cour a

¹ Convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats de la sauvagine du 2 février 1971, *Nations Unies, Recueil des traités*, 1976, p. 251.

² Ordonnance du 17 avril 2013, *Rec.* 2013 p. 166 et s.

rendu son arrêt le 16 décembre 2015³. Elle a conclu d'une part à la violation par le Nicaragua de la souveraineté du Costa Rica et indiqué que l'auteur de ces faits illicites avait en conséquence « l'obligation d'indemniser le Costa Rica à raison des dommages matériels qu'il lui a causés par les activités illicites auxquelles il s'est livré sur le territoire costaricien »⁴, renvoyant toutefois l'évaluation de l'indemnisation à une étape ultérieure. Elle a, d'autre part, considéré dans la seconde affaire que le Costa Rica, « en omettant d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement en ce qui concerne la construction de la route 1856, [avait] violé l'obligation qui lui incombait au titre du droit international général »⁵.

Le 2 février 2018, la Cour internationale de Justice a, enfin, rendu son arrêt sur l'indemnité due par le Nicaragua au Costa Rica dans l'affaire *Certaines activités* faite pour les parties d'avoir pu s'entendre sur le montant de celle-ci⁶. Ce jugement, adopté à une très large majorité, fera date par la réparation qu'elle décide pour un dommage environnemental pur. Il est l'occasion de revisiter l'ensemble des arrêts rendus par la Cour dans les affaires *Certaines activités* et *Construction d'une route*, qui, lus ensemble, mettent en évidence la contribution de la Cour internationale au développement du droit de l'environnement. L'arrêt de 2015, dans le prolongement de la jurisprudence intérieure, clarifie le contenu des obligations internationales de « diligence requise », « due » ou *due diligence* visant à prévenir les dommages environnementaux. Celui de 2018 fournit à la Cour l'occasion de reconnaître le préjudice écologique en droit international et d'admettre son caractère réparable. Par petites touches, d'une affaire à l'autre, la Cour a consolidé un droit international de l'environnement de nature coutumière autour de la notion et du principe de diligence due, qui en forme désormais le socle (I) ; elle s'emploie en outre désormais à réparer le préjudice écologique (II).

I.– Les obligations de « diligence requise » comme socle du droit international de l'environnement

Les parties avaient, s'agissant des violations du droit international de l'environnement des allégations croisées et presque symétriques. Chacune soutenait que l'autre avait violé le droit international en causant un dommage transfrontière important à son territoire, en omettant de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement et en manquant de l'informer et de se concerter avec elle. Appréciant leur bien-fondé, la Cour s'inscrira dans le prolongement de la jurisprudence antérieure, qu'elle vient consolider et éclairer. Le principe de diligence due est pris comme point de départ d'où la Cour fait découler une série d'obligations particulières (A) Le principe se révèle exigeant tout en étant relativement souple, ce qui explique largement son succès actuel (B). La Cour poursuit en outre sa distribution des obligations incidentes dans les catégories des obligations procédurales et des obligations de fond, selon une distinction qui demeure peu claire (C).

A.– La diligence requise en poupées russes : une obligation qui fait naître d'autres obligations

La Cour conçoit la diligence requise comme une série de poupées russes qui

³ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) et Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt du 16 décembre 2015, *Recueil CIJ* 2015, p. 665. Pour un commentaire, v. N. Clarenc, « CIJ, Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) : construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica) », *AFDI*, 2016, pp. 76-86.

⁴ Arrêt du 16 décembre précité, *Rec.* p. 740, pt. 229.

⁵ *Rec.*, p. 741.

⁶ Arrêt du 2 février 2018, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), Indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica*, non encore publié au Recueil.

s'emboîtent les unes dans les autres, ou, si l'on préfère, comme un principe initial, dont elle tire un corollaire, avant de déduire un corollaire... du corollaire⁷.

Ainsi, la Cour affirme qu'elle « a eu l'occasion, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à des Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), de souligner ce qui suit : « [L]e principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise ('due diligence') de l'État sur son territoire. Il s'agit de l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États' (Déroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22). En effet, l'État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout espace relevant de sa juridiction, ne causent un préjudice sensible à l'environnement d'un autre État »⁸.

À la source se trouve donc la *due diligence*, dont la Cour déduit le principe de prévention « en tant que règle coutumière ». C'est finalement l'interdiction faite à l'État de laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États (*sic utere tuo ut alienum non laedas*), telle qu'énoncée dans l'affaire du *Détroit de Corfou*. Ce principe avait été quelques années auparavant énoncé dans le champ de l'environnement, dans l'affaire de la Fonderie de Trail. Le tribunal arbitral alors constitué avait considéré que « *under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence* »⁹. Le raisonnement de la Cour la conduit à confirmer que le principe de prévention trouve à s'appliquer dans le domaine de la protection de l'environnement puisqu'« en effet » « l'État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout espace relevant de sa juridiction, ne causent un préjudice sensible à l'environnement d'un autre État »¹⁰. La Cour place ainsi la prévention dans la filiation de la *due diligence* ; elle étudie la prévention dans le seul cadre de la diligence. Mais à vouloir nicher les obligations de prévention dans la diligence (sans doute pour en affermir le caractère coutumier), la Cour ne limite-t-elle pas à tort le champ de la prévention ? La diligence ne dépasse-t-elle pas la prévention, de même que la prévention dépasse probablement la diligence ? Peut-on cantonner l'obligation de prévention à une obligation de moyens ? Ces questions restent ouvertes à la lecture de la décision de 2015.

Le phénomène des poupées russes ne se limite toutefois pas à deux matricochkas, puisque la Cour déduit encore de cette obligation de prévention, qu'on pourrait qualifier de « socle », un certain nombre d'obligations secondaires ou corollaires. C'est d'abord le cas de l'obligation de réaliser une étude d'impact. En effet, en « conséquence » de l'obligation de *due diligence*, un « État doit, avant d'entreprendre une activité pouvant avoir un impact préjudiciable sur l'environnement d'un autre État, vérifier s'il existe un risque de dommage transfrontière important, ce qui déclencherait l'obligation de réaliser une évaluation de l'impact sur l'environnement » (pt. 104). Dit autrement, l'État y est tenu « en vue de satisfaire à son obligation de faire preuve de la diligence requise pour prévenir les dommages transfrontières importants » (pt. 108).

Pour la Cour, si l'évaluation confirme l'existence d'un risque de dommage transfrontière important, l'État d'origine est alors tenu, toujours « conformément à son obligation de diligence due », d'« informer et de consulter de bonne foi l'État susceptible

⁷ V. Y. Kerbrat, « Le standard de *due diligence*, catalyseur d'obligations conventionnelles et coutumières pour les États », in S. Cassella (dir.), SFDI, *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018, pp. 27-38.

⁸ Arrêt, CIJ Recueil 2010 (I), p. 55-56, par. 101. Arrêt 2015, pt. 104.

⁹ *Fonderie du Trail*, Sentence arbitrale du 11 mars 1941, *Rec. des sentences arbitrales*, ONU, vol. XII, not. p. 303.

¹⁰ Arrêt, CIJ Recueil 2010 (I), p. 55-56, par. 101. Arrêt 2015, pt. 104.

d'être affecté » (pt. 104). La Cour estime en effet que « *puisque le droit international n'imposait au Nicaragua aucune obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement en l'absence de risque de dommage transfrontière important (...), il n'était pas tenu d'informer ou de consulter le Costa Rica* » (pt. 108). Ainsi, les obligations d'information et de consultation découlent directement selon la Cour du résultat de l'étude d'impact. Elles n'ont, dans une telle situation, pas d'autonomie par rapport à l'obligation d'étude d'impact.

En l'espèce, « *[l]e risque de dommage important conditionne les deux obligations (cela avait été mis en évidence dans l'affaire Costa Rica c. Nicaragua), mais pas de manière déconnectée l'une de l'autre ; l'obligation de notification et d'information naît de l'exécution de l'obligation d'évaluation d'un risque environnemental, ce qui est logique puisqu'elle a pour objet de communiquer les conclusions de l'évaluation à l'État voisin* »¹¹. Cette vision « *poupées russes* » conforte finalement les droits de l'État d'origine du dommage. C'est à lui, et à lui seul, qu'il appartient de décider de l'opportunité de réaliser une étude d'impact, sans information-consultation-notification de l'État voisin, qui n'a toujours pas son mot à dire à ce stade. Cette conception de l'obligation est particulièrement peu exigeante et en retrait par rapport aux normes conventionnelles. L'obligation de notification dans la Convention d'Espoo sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (1991) oblige ainsi à notifier le projet en amont de l'étude d'impact pour permettre à la partie touchée de participer à l'évaluation de l'impact si elle le souhaite¹². On peut comprendre la logique du raisonnement de la Cour, qui cherche visiblement à circonscrire l'obligation d'information-consultation en droit coutumier. La Convention d'Espoo a, quant à elle, un champ d'application déterminé ; elle s'applique à une liste précise d'activités pour lesquelles, au besoin, un seuil précis est défini¹³. Mais la limitation qu'opère la Cour n'est guère favorable à la protection de l'environnement et à l'application à cette fin du principe de coopération, particulièrement dans les zones frontalières. La Juge Donoghue l'a souligné dans son opinion individuelle, relevant qu'il serait préoccupant que l'arrêt soit interprété « *comme laissant entendre qu'il n'existe qu'un seul cas dans lequel l'État d'origine doit informer les États susceptibles d'être touchés, celui où l'évaluation de l'impact sur l'environnement qu'il effectue confirme l'existence d'un risque de dommage transfrontière important* »¹⁴. La Cour devra éclaircir cet aspect à l'avenir. En outre, la Cour ne niche pas l'obligation de coopération-négociation dans le principe de prévention, la laissant en dehors des poupées russes. Dans l'arrêt des *Usines de pâte à papier*, elle semblait pourtant les placer sur le même plan que les autres, notamment lorsqu'elle affirmait « *que les obligations d'informer, de notifier et de négocier constituent un moyen approprié, accepté par les Parties, de parvenir à l'objectif qu'elles se sont fixé à l'article premier du statut de 1975. Ces obligations s'avèrent d'autant plus indispensables lorsqu'il s'agit, comme dans le cas du fleuve Uruguay, d'une ressource partagée qui ne peut être protégée que par le biais d'une coopération étroite et continue entre les riverains* » (pt. 81). Dans l'affaire des *Usines*, l'obligation pertinente était d'origine conventionnelle (elle était énoncée dans le Traité sur le fleuve Uruguay) ; la formule très générale de la Cour laissait néanmoins envisager une extension au-delà, un caractère coutumier. En 2015, la Cour n'éclaircit pas ce point. Le raisonnement de la Cour, orienté vers la coopération en 2010, penche davantage vers l'unilatéralisme dans les arrêts commentés. Le terme lui-même de « coopération » n'apparaît qu'une fois dans l'arrêt, à la toute dernière phrase du dernier paragraphe des motifs, comme si la Cour se souvenait *in extremis* de son importance. Elle affirme alors qu'elle « *tient par ailleurs à rappeler l'importance d'une*

¹¹ N. Clarenc, « CIJ, Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua) ; Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), arrêt du 16 décembre 2015 », op. cit., p. 85.

¹² V. cette Convention, article 3§1.

¹³ V. son appendice 1.

¹⁴ Cette opinion, pt. 21.

coopération continue entre les Parties dans l'exécution des obligations qui leur incombent respectivement en ce qui concerne le fleuve San Juan » (pt. 228). Le « *par ailleurs* » confirme le non-emboîtement de la coopération dans les obligations de diligence mentionnées à la phrase précédente.

Au-delà de ces zones d'ombre, il n'en demeure pas moins important que l'ensemble des obligations emboîtées soit considéré comme coutumier. Elles viennent former le socle du droit international de l'environnement, que précisent et développent les autres sources, tout au moins en théorie. En effet, dans l'arrêt de 2015, le « socle » coutumier s'avère bien plus solide que les obligations conventionnelles de protection de l'environnement qui peinent dans l'ensemble à établir leur réelle utilité¹⁵. D'autres juridictions ont exploré une piste stimulante, celle de la catalyse, voire symbiose, entre l'obligation coutumière et l'obligation conventionnelle de protection de l'environnement. La sentence arbitrale rendue sur la mer méridionale de Chine en fournit un bon exemple : l'interprétation des obligations coutumières est nourrie par les obligations conventionnelles et vice-versa, pour produire un résultat plus exigeant sur le plan de la protection de l'environnement qu'une interprétation cloisonnée¹⁶.

B.– Une obligation à la fois exigeante et souple

D'une veille distante à une véritable obligation positive

De son avis de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*¹⁷ à son arrêt *Gabcikovo-Nagymaros* de 1997¹⁸, jusqu'aux *Usines de pâte à papier*¹⁹, la Cour a peu à peu explicité le contenu de l'obligation de diligence. Il ne s'agit plus de la veille distante à laquelle se référerait la Cour en 1996, mentionnant « *[l]'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale* »²⁰. Placé dans le cadre de la *due diligence*, le principe de prévention emporte maintenant une obligation positive relativement large et exigeante pour l'État de faire « *diligence* » et « *mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition* ». Dans l'affaire des *Usines*, le principe était posé s'agissant d'activités industrielles. L'arrêt *Costa Rica – Nicaragua* le prolonge sans surprise, tant c'était sa vocation, « *pour toute activité projetée susceptible d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière* » (pt. 104).

Une obligation de comportement

L'obligation de prévention se présente comme une obligation de comportement et non pas de résultat. Là où l'obligation de résultat est une obligation de réussir, elle est une obligation de s'efforcer à²¹. La Commission du droit international (CDI) l'avait souligné dans son projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontaliers résultant d'activités dangereuses : « *[l]'État d'origine prend toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause pour en réduire le risque au*

¹⁵ Les conventions environnementales invoquées en l'espèce étaient la Convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau (1971), de la Convention concernant la conservation de la biodiversité et la protection des zones prioritaires de faune et de flore sauvages d'Amérique centrale (1992) et de la Convention sur la diversité biologique (1992). V. par ex. pt. 163, pt.172.

¹⁶ *PCA Case N° 2013-19 in the matter of the South China Sea Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII to the 1982 United Nations Convention on the law of the sea, between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China*, Award of 12 July 2016, pt. 941 et 948.

¹⁷ *Recueil 1996 (I)*, p. 242, pt. 29.

¹⁸ *Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, *CIJ Recueil 1997*, p. 38.

¹⁹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *CIJ Recueil 2010*, p. 14.

²⁰ *Recueil 1996 (I)*, p. 242, pt. 29.

²¹ J. Combacau, « Obligations de résultat et obligations de comportement : quelques questions et pas de réponse », *Mélanges offerts à Paul Reuter : le droit international : unité et diversité*, Pedone, Paris, 1981, p. 194.

minimum » (article 3)²², il « **ne garantit pas que des dommages ne surviendront pas** »²³. La Chambre du Tribunal international du droit de la mer, dans son avis de 2011, évoque dans le même sens une « *obligation de mettre en place les moyens appropriés, de s'efforcer dans la mesure du possible et de faire le maximum pour obtenir ce résultat* »²⁴. S'appuyant sur la jurisprudence de la CIJ, la Chambre est néanmoins très exigeante : « *[c]ette obligation implique la nécessité non seulement d'adopter les normes et mesures appropriées, mais encore d'exercer un certain degré de vigilance dans leur mise en œuvre ainsi que dans le contrôle administratif des opérateurs publics et privés, par exemple en assurant la surveillance des activités entreprises par ces opérateurs* »²⁵. Le Tribunal international du droit de la mer le confirme dans son avis de 2015, relatif pourtant à des activités de pêche illégale, non déclarée, non réglementée, par définition délicates à appréhender juridiquement. Pour empêcher celles-ci, « *l'État du pavillon a l'obligation d'exercer **effectivement** sa juridiction et son contrôle dans le domaine administratif sur les navires de pêche battant son pavillon* »²⁶. « *Les sanctions applicables en cas d'activités de pêche INN doivent être **suffisantes pour dissuader les violations et priver les auteurs des infractions des avantages qu'ils retirent de leurs activités de pêche INN*** »²⁷. Un État pourrait-il par ailleurs se dispenser d'exécuter ses obligations de diligence en raison d'une situation d'urgence ? Y serait-il autorisé par le droit international et à quelles conditions ? La question a été posée dans les affaires Costa Rica – Nicaragua, mais la Cour s'est abstenue d'y répondre, car elle a considéré qu'il n'y avait pas d'urgence.

Un standard variable

L'obligation de diligence requise est relativement générale et abstraite. Il est, confirme la Chambre du TIDM en 2011, « *difficile de [la] décrire en des termes précis* »²⁸. La notion de diligence requise revêt un « *caractère variable* » en fonction des risques et dans l'espace²⁹. La diligence doit être concrétisée dans chaque cas d'espèce. Comme le constate la Juge Donoghue, « *[m]ême si l'obligation d'exercer la diligence requise est énoncée de manière générale, cela n'enlève rien à son importance. C'est à la lumière des faits et circonstances propres à chaque cas qu'il convient de répondre à la question de savoir si l'État d'origine y a satisfait* »³⁰. Il y a là un standard, lui-même défini comme l'obligation d'utiliser des moyens raisonnables, qui est finalement le propre des obligations de comportement³¹. Peut-on attendre de l'État qu'il prenne autre chose que les mesures « *raisonnablement appropriées* »³² ? Selon la Chambre des fonds marins du Tribunal international du droit de la mer, ce standard va assez loin puisqu'il inclut l'obligation d'anticiper les risques incertains, y compris dans les « *situations où les preuves scientifiques quant à la portée et aux effets négatifs éventuels des activités concernées sont insuffisantes, mais où il existe des indices plausibles de risques potentiels* »³³. La Cour, de son côté, n'a pas pris position sur ce point, mais, si l'on y souscrit, le raisonnement de la Chambre du TIDM peut être étendu à l'ensemble de l'environnement, au-delà de la mer.

²² *Annuaire de la Commission du droit international, 2001*, vol. II(2). Nous soulignons.

²³ *Ibid.*, p. 422. Nous soulignons.

²⁴ Avis du 1^{er} février 2011 de la Chambre du TIDM précité, pt. 110.

²⁵ Arrêt du 20 avril 2010 précité, pt. 197.

²⁶ Avis du TIDM du 2 avril 2015 précité, pt. 137. Nous soulignons.

²⁷ *Ibid.*, pt. 138. Nous soulignons.

²⁸ *Ibid.*, pt. 117.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Op. ind.* pt. 10.

³¹ P. d'Argent, A. de Vacleroy, « Le contenu de l'omission illicite : la non-utilisation de moyens raisonnables », in *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Journée d'études SFDI franco-italienne du Mans, Pedone, Paris, 2018, p. 256 et p. 260.

³² Avis précité de la Chambre du TIDM de 2011, pt. 228, formule que l'on retrouve à l'article 4, paragraphe 4, deuxième phrase, de l'annexe III à la Convention de Montego Bay.

³³ *Ibid.*

En même temps, il est bien admis que les obligations de diligence sont susceptibles de degrés, selon le risque encouru et la prévisibilité des dommages. Ainsi, « [l]e niveau de diligence requise doit être plus rigoureux pour les activités les plus risquées »³⁴. Le risque lui-même peut varier dans le temps : une activité non risquée peut le devenir « par suite d'un événement ou d'une évolution de la situation » ou parce que le progrès des connaissances va permettre de le déceler³⁵. La *due diligence* varie encore selon les moyens dont dispose l'État³⁶. Un avis rendu en 1955 par le service juridique suisse l'exprimait clairement : « [t]outefois ni l'obligation de prévention ni celle de punition n'ont un caractère absolu. La première ne se réalise que dans le cadre d'un standard général, d'une responsabilité pour négligence. Elle dépend de la situation intérieure de chaque pays à une époque déterminée. L'État doit faire preuve de 'due diligence'; il n'est pas tenu d'empêcher n'importe quel incident de manière absolue, ce qui serait matériellement impossible »³⁷. Il y a là un standard, celui de la *diligentia quam in suis* (« diligence que l'on exercerait dans ses propres affaires »)³⁸. Cela a été clairement rappelé par l'arbitre Max Huber : « [l]'État n'est tenu qu'à exercer le degré de surveillance qui correspond aux moyens dont il dispose. Exiger que ces moyens soient à la hauteur des circonstances serait imposer à l'État des charges auxquelles il ne pourrait souvent pas faire face. Aussi la thèse que la vigilance à exercer doit correspondre à l'importance des intérêts en jeu, n'a-t-elle pas pu s'imposer. La vigilance qu'au point de vue du droit international l'État est tenu de garantir peut être caractérisée (...) comme une *diligentia quam in suis* »³⁹. La Cour ne s'est pas encore prononcée sur la variabilité des mesures de diligence selon les capacités des États, mais le TIDM a eu par deux fois à le faire. En 2011, sa Chambre pour les fonds marins a par exemple considéré que « l'adoption de mesures appropriées est requise et celles-ci doivent être prises dans le cadre du système juridique de l'Etat qui patronne »⁴⁰. Elle a laissé par là une certaine marge d'appréciation à des États qui n'ont pas tous les mêmes niveaux de développement ni les mêmes capacités de contrôle, tout en dressant certains garde-fous. La CDI avait, dans le même sens, affirmé auparavant « Le niveau économique des États est un des facteurs à prendre en considération pour déterminer si un État s'est acquitté de son devoir de diligence. Mais il ne saurait être mis en avant pour exonérer l'État de l'obligation que lui imposent les présents articles »⁴¹.

Le seuil du « dommage important »

Dans l'affaire des usines, la Cour avait établi un seuil pour les obligations de *due diligence*. Il s'agissait non d'éviter tout dommage environnemental transfrontière, mais seulement de prévenir le « préjudice sensible »⁴². Le choix de ce terme s'expliquait par le fait que l'obligation conventionnelle – en l'espèce l'article 7 du statut du fleuve Uruguay – se référait au préjudice « sensible ». Or, l'obligation conventionnelle était entremêlée dans le raisonnement de la Cour avec l'obligation coutumière. Dans ses arrêts de 2015 et 2018, la Cour se réfère plutôt à un dommage « important ». Elle conclut, sur la base de ce critère, que le dragage du fleuve effectué par le Nicaragua 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

³⁴ *Ibid.* La jurisprudence de la CEDH va dans le même sens : « Lorsqu'il s'agit pour un État de traiter des questions complexes de politique environnementale et économique, et notamment lorsqu'il s'agit d'activités dangereuses, il faut, de surcroît, réserver une place singulière à une réglementation adaptée aux spécificités de l'activité en jeu notamment au niveau du risque qui pourrait en résulter » (arrêt Tatar c. Roumanie du 27 janvier 2009, Requête n° 67021/01, pt.88).

³⁵ *Annuaire de la CDI*, 2001, volume II, point II, p.162. V. aussi p. 424.

³⁶ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p.1198.

³⁷ Avis du Service juridique Suisse du département politique fédéral, 28 février 1955, ASDI, 1959, p. 225.

³⁸ C'est le « degré de vigilance que l'État doit déployer pour remplir certaines obligations internationales et qui ne doit pas être inférieur à celui qu'il exerce dans ses propres affaires » (J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international* précité, p. 341).

³⁹ Sentence arbitrale, Biens britanniques au Maroc Espagnol, RSA, vol. II, p. 644, 1^{er} mai 1925.

⁴⁰ Avis précité de la Chambre du TIDM de 2011, pt. 118. V. aussi l'avis précité du TIDM de 2015, pt.138.

⁴¹ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultats d'activités dangereuses et commentaires y relatifs*, 2001, pp. 424-425.

⁴² Arrêt 2010 précité, pt. 101.

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 »⁴³. La Cour ne fournit pas ici de critères précis pour une notion qui s'appréciera nécessairement au cas par cas. Mais elle recherche en l'espèce le dommage « sérieux » de la sentence *Fonderie de Trail*⁴⁴.

Le seuil du dommage « important » n'est-il pas trop élevé ? La Cour semble exiger un dommage grave ou étendu. Elle s'écarte ce faisant des recommandations formulées par la CDI dans le cadre de ses travaux sur la prévention des dommages transfrontières, laquelle avait indiqué que le dommage « sensible » est davantage que le dommage « significatif », au sens de mesurable, lequel est lui-même plus que le dommage « détectable », mais sans nécessairement atteindre le niveau de « grave » ou « substantiel »⁴⁵. Selon elle, « Le dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel sur des choses telles que la santé de l'homme, l'industrie, les biens, l'environnement ou l'agriculture dans d'autres États. Ces effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs »⁴⁶.

En posant cette condition de l'importance du dommage, la Cour rend difficile la preuve des violations de l'obligation de *due diligence*. Elle considère en outre que l'obligation coutumière de ne pas causer de dommage transfrontière à l'environnement, vue comme un corolaire de l'obligation générale de *due diligence* (v. *supra*) ne s'applique qu'aux dommages importants. Elle fait supporter ce faisant par les États autres que celui d'origine de l'activité le risque des dommages considérés comme n'étant pas importants. Or beaucoup de « petits » dommages à l'environnement induisent des coûts : pour les États et collectivités qui dépolluent, pour les entreprises privées affectées, les individus dont la santé a été affectée, etc. Est-il normal qu'ils soient à la charge d'autres que celui qui a autorisé ou n'a pas encadré les activités à l'origine du dommage ? Par leur effet cumulatif, une multitude de « petits » dommages causés par des activités diverses peut être en définitive plus lourde que le dommage « important » résultant d'une seule activité.

À qui, au demeurant, appartient l'appréciation du caractère important du dommage ? La Cour l'attribue à l'État d'origine qui, il est vrai, est généralement le mieux placé pour cela, mais dont l'objectivité peut faire débat. En écho aux travaux de la CDI, la Cour considère que l'appréciation doit être faite « sur la base d'une évaluation objective de l'ensemble des circonstances »⁴⁷. Par ailleurs, les conventions de protection de l'environnement peuvent ici attester l'importance de certains sites ou espèces. En l'occurrence, pour la Cour, la « présence de sites protégés sous le régime de la convention de Ramsar (...) témoigne de la fragilité particulière de l'environnement »⁴⁸. Dans le même sens, le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire de la mer de Chine méridionale pour trancher un différend entre les Philippines et la Chine, a considéré que la gravité du dommage environnemental est en quelque sorte attestée par les conventions internationales qui témoignent du consensus international sur le caractère menacé ou en danger de certaines espèces. Ainsi des tortues de mer trouvées sur les vaisseaux chinois qui sont mentionnées dans l'annexe I de la CITES recensant les espèces menacées pour lesquelles tout commerce international est interdit⁴⁹. La gravité ressort également d'une rareté ou fragilité particulière établies par des études scientifiques. Moins menacés que les tortues en question, les bénitiers géants sont inscrits à l'annexe II de la CITES (espèces dont

⁴³ Pt. 105, nous soulignons.

⁴⁴ Sentence arbitrale, 11 mars 1941, *Fonderie du Trail (États-Unis c. Canada), R.S.A.*, tome III, pp. 1907 et ss.

⁴⁵ *Ann. CDI, 2001*, vol. II (1ère partie), pp. 163-164. V. Y. Kerbrat, « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement », in *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Société française pour le droit international, Colloque d'Aix-en-Provence, Pedone, Paris, 2010, p. 125. Il est à noter qu'on retrouve cette expression à l'article 7, § 1, de la Convention de 1997 selon lequel « [l]es États du cours d'eau font preuve de toute la diligence voulue pour utiliser le cours d'eau international de manière à ne pas causer de dommages significatifs aux autres États du cours d'eau ».

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Pt. 154.

⁴⁸ Pt. 155.

⁴⁹ Sentence arbitrale du 12 juillet 2016 précitée, pt. 956.

le commerce est réglementé). Ils jouent toutefois un rôle fondamental dans la croissance et le maintien des coraux. Le ramassage de ces coquillages qui peuvent atteindre 1,5 m cause la destruction des coraux sur lesquels ils se développent⁵⁰.

Malgré tout, les critères sont variables et fuyants. L'État d'origine et l'État victime ou se prétendant tel restent sans guide précis et pourront aisément être en désaccord.

Une méthode en trois temps

Comme on l'a dit, la Cour considère qu'« *un État doit, avant d'entreprendre une activité pouvant avoir un impact préjudiciable sur l'environnement d'un autre État, vérifier s'il existe un risque de dommage transfrontière important, ce qui déclencherait l'obligation de réaliser une évaluation de l'impact sur l'environnement* »,⁵¹ mais... comment savoir s'il y a risque de dommage transfrontière important avant de réaliser une étude d'impact ? C'est encore une fois à l'État d'origine du dommage d'en juger et il bénéficie d'une large marge de manœuvre, puisque « *[c] 'est à la lumière des circonstances propres à chaque cas que doit être déterminée la teneur de l'évaluation de l'impact sur l'environnement* »⁵². La Cour expose toutefois une méthode en trois temps destinée à guider les États pour la réalisation de leur obligation. Tout d'abord, indique-t-elle dans son arrêt de 2015, un État doit « *avant d'entreprendre une activité pouvant avoir un impact préjudiciable sur l'environnement d'un autre État, vérifier s'il existe un risque de dommage transfrontière important* » (pt. 104). S'il apparaît qu'un tel risque existe, il doit réaliser une étude d'impact (*id.*). Enfin, si cette étude montre que le projet envisagé fait courir un risque de dommage transfrontière important à l'environnement, « *l'État d'origine est tenu, conformément à son obligation de diligence due, d'informer et de consulter de bonne foi l'État susceptible d'être affecté, lorsque cela est nécessaire aux fins de définir les mesures propres à prévenir ou réduire ce risque* » (*id.*).

Cette méthode est globalement raisonnable et assure un compromis prudent entre souveraineté et protection de l'environnement tout en favorisant la coopération internationale. Elle présente néanmoins une difficulté et une limite qui apparaissent à la lecture de l'arrêt de 2015, principalement dans les développements consacrés à l'allégation du Costa Rica selon laquelle le Nicaragua a méconnu son obligation de réaliser une étude d'impact.

La difficulté, tout d'abord, est relative au premier temps de la méthode, celui de la détermination de l'existence d'un potentiel risque pour l'environnement de l'activité projetée qui justifierait qu'une étude d'impact soit réalisée. Examinant très succinctement la thèse du Costa Rica qui répondait à celle du Nicaragua selon lequel il n'était pas tenu de réaliser une telle étude, la Cour fait utilisation de la méthode indiquée ci-dessus (quoiqu'elle soit précisée dans un passage ultérieur de l'arrêt) et relève que le Nicaragua a fait en 2006 une étude des conséquences de son projet sur l'environnement, qui n'avait pas mis en évidence un risque de dommage sensible sur le débit du fleuve et montrait au contraire que le programme de dragage envisagé n'était « *pas de nature à créer un risque de dommage transfrontière important, que ce soit à l'égard du débit du fleuve ou de la zone humide du Costa Rica* » (pt. 105). Elle en conclut que le Nicaragua n'était par conséquent pas tenu, en droit international, de réaliser une évaluation de l'impact sur l'environnement. Suivant la logique retenue dès 2010 selon laquelle il appartient à l'État de déterminer les conditions matérielles de telles évaluations, la Cour laisse ainsi à l'État le soin premier d'établir l'existence d'un risque potentiel. Le problème à ce stade est que jamais la Cour ne s'interroge sur le point de savoir si l'étude préliminaire a été conduite par le Nicaragua de manière sérieuse. Le Costa Rica avait pointé des insuffisances et indiqué qu'une mission consultative de la Convention de Ramsar avait au contraire conclu à un impact du projet sur les zones humides (pt. 102 de l'arrêt). La

⁵⁰ *Ibid.*, pt. 957.

⁵¹ *Ibid.* V. dans le même sens *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 170-171, par. 6-8.

⁵² Arrêt du 16 décembre 2015 précité, pt.104.

Cour écarte ces éléments sans explication. Les juges n'auraient-ils pas raisonné à rebours en partant des constatations qu'ils feront dans l'arrêt au sujet de l'allégation costaricienne de violation de l'obligation de fond de ne pas causer un dommage à l'environnement du Costa Rica ? S'interrogeant sur ce point, la Cour établira en effet plus loin dans son arrêt (pt. 109), que le demandeur n'a pas démontré que les opérations de dragage ont causé un dommage significatif à l'environnement. Rien dans l'arrêt ne permet d'attester que les juges ont utilisé un tel raccourci. Dans l'affaire de la *Construction d'une route*, la Cour a au contraire considéré que le Costa Rica avait violé son obligation de réaliser une étude d'impact alors qu'elle a par ailleurs constaté, après examen du respect des obligations de fond, qu'aucun dommage n'avait été commis. Mais en l'absence d'explication claire quant à l'absence de risque potentiel, il y a lieu de craindre qu'un tel raisonnement ait pu triompher. Or celui-ci présente un biais majeur : l'existence d'un risque au stade de l'examen préliminaire du projet ne peut dépendre du constat fait après sa réalisation qu'aucun dommage n'a été causé, car les dommages à l'environnement peuvent se manifester des années, voire des décennies plus tard. Or pour apprécier le respect par l'État de son obligation de fond de ne pas causer de dommage à l'environnement d'autres États, la Cour ne tient compte que des dommages actuels et non pas des dommages potentiels à l'environnement⁵³.

Quoi qu'il en soit, l'absence d'examen par la Cour du sérieux des études préliminaires menées par les États pose problème. Sans doute l'arrêt de 2015 montre que la Cour exerce un certain contrôle, mais celui-ci n'est qu'indirect et peu précis. Son appréciation du comportement du Costa Rica dans l'affaire de la *Construction d'une route* le montre. Les faits étaient dans une certaine mesure plus simples dans celle-ci que dans celle *Certaines activités* : le Costa Rica avait entrepris les travaux de construction sans, semble-t-il, avoir réalisé la moindre étude préliminaire de leur impact sur l'environnement. La Cour conclut à une violation de l'obligation de réaliser une étude d'impact au motif que les activités en cause faisaient peser un risque important sur l'environnement du fleuve *San Juan*. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour prend en compte « *la nature et l'envergure du projet, ainsi que le contexte dans lequel il devait être réalisé* » (pt. 155, p. 58). Elle relève que le projet était d'ampleur (160 km de long dont 108 le long du fleuve) et que son emplacement, près de la frontière du Nicaragua, faisait craindre des dommages sur le territoire de l'État voisin (*Id.*). Elle souligne que pour se prononcer sur la nécessité d'une étude préliminaire et d'un risque potentiel sur l'environnement, il convient de tenir compte de l'ampleur du projet et des « *caractéristiques géographiques* » de la zone. Elle constate à cet égard que l'existence de sites protégés au titre de la Convention de Ramsar « *témoigne de la fragilité particulière de l'environnement concerné [et] augmentait le risque de préjudice important* » (*id.*). Sur la base de ces éléments, la Cour décide que le Costa Rica aurait dû considérer, même en l'absence d'étude préliminaire, que la construction projetée présentait un risque important pour l'environnement ; il était dès lors tenu de réaliser une étude d'impact. La CIJ apprécie ainsi elle-même l'existence du risque, mais son analyse reste sommaire et globale ; elle pourrait laisser hors du champ de l'étude d'impact obligatoire des projets qui ne sont pas de grande ampleur, mais dont les effets sur l'environnement peuvent être néanmoins ravageurs, rapportés par exemple à une espèce animale ou végétale donnée. Pour ceux-ci, seule une véritable étude d'impact est appropriée à l'évaluation du risque. À l'avenir, un contrôle plus étroit des études préliminaires serait sans doute souhaitable. Dans son opinion individuelle, le Juge Bhandari déplore que le droit international ne soit pas plus développé sur ce point et voit

⁵³ La Cour l'indique dans le contexte de l'affaire *Certaines activités* à propos de l'allégation du Costa Rica selon laquelle le Nicaragua aurait manqué au principe de prévention en mettant en œuvre un programme de dragage de chenaux sans avoir mis en œuvre les moyens nécessaires pour s'assurer que ces activités ne causeraient de préjudice sensible à l'environnement du Costa Rica. L'application du principe à ces activités ne serait justifiée selon la Cour que « *s'il était prouvé par le Costa Rica que le programme de dragage mis en œuvre dans le fleuve San Juan inférieur a causé des dommages sur son territoire* » (pt. 118 de l'arrêt de 2015). Les dommages futurs ne sont pas pris en compte. Elle fait de même dans l'autre affaire dans laquelle elle s'interroge seulement sur les impacts actuels de la construction d'une route (pts. 181 à 217).

dans la convention d'Espoo précitée un modèle à généraliser à l'échelle universelle. L'idée est certainement à creuser. Ce pourrait être, par exemple, un futur protocole au Pacte mondial pour l'environnement dont les négociations seront peut-être lancées prochainement⁵⁴.

C.– Des obligations à la fois procédurales et substantielles

La jurisprudence a établi plusieurs obligations concrètes découlant de l'obligation de diligence : celles de réaliser *ex ante* des études d'impact transfrontière et d'instaurer des procédures d'autorisation, d'assurer la surveillance des effets du projet sur l'environnement *post hoc* pendant toute la durée de vie de celui-ci ; celles d'informer et consulter « *de bonne foi* » les États potentiellement affectés⁵⁵, et de coopérer avec eux, avant d'autoriser un projet ou une activité et de manière continue tout au long de la durée de vie de ce projet⁵⁶. Ces obligations que la Cour considère comme procédurales présentent aussi une dimension substantielle. Obligations procédurales et obligations de fond sont à la fois interdépendantes et inextricablement mêlées : faire diligence appelle le respect d'un certain nombre d'obligations procédurales. On ajoutera que ces obligations concrètes peuvent être des obligations de comportement, mais aussi des obligations de résultat. Aussi il n'est pas étonnant que la Cour ait du mal, en pratique, à faire la distinction. Ainsi, l'obligation de réaliser une étude d'impact était rangée dans les obligations de fond dans l'arrêt de 2010 sur les Usines ; elle est considérée comme procédurale dans l'arrêt de 2015 en l'affaire Costa Rica/Nicaragua⁵⁷...

Nous avons critiqué cette distinction utilisée déjà dans l'affaire des *Usines* qui, simple en apparence, ne résistait guère à l'analyse : d'abord parce que la frontière entre les deux catégories d'obligation est mal définie, ensuite parce que les résultats auxquelles elle conduisait étaient difficilement acceptables⁵⁸. La lecture de l'arrêt de 2015 confirme que cette distinction n'est pas aussi claire qu'il n'y paraît. Elle brouille quelque peu la compréhension des obligations de *diligence*, voire en méconnaît l'essence. En effet, lorsqu'elle est dans la partie substantielle ou « de fond », la Cour recherche si le Costa Rica a causé un dommage, et non s'il a mis en œuvre toutes les mesures pour éviter un dommage. Pourtant, son analyse du comportement costaricien est faite à l'aune du principe, qu'elle a posé et rappelle, selon lequel au regard du droit international coutumier, « *l'État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition* »⁵⁹. Du coup, si elle concluait qu'un dommage a été causé, cela signifierait que le Costa Rica aurait manqué à ses obligations de diligence. Pourtant, si l'État démontre qu'il a utilisé tous les moyens à sa disposition, il a respecté son obligation de diligence. C'est donc bien plutôt s'il a utilisé tous les moyens à sa disposition qu'il faut rechercher (et non s'il a causé un dommage). Pèse ici sur l'État non pas une obligation de résultat, mais de comportement. La violation des obligations de diligence peut entraîner un dommage. Mais le dommage peut se produire quoique l'obligation de diligence ait été respectée, inversement la violation d'une obligation de diligence n'a heureusement pas systématiquement pour conséquence qu'un dommage a été causé... La Cour en convient elle-même quand elle conclut que le Costa Rica a violé l'obligation de diligence en n'effectuant pas d'étude d'impact tout en considérant que le Nicaragua n'a pas prouvé que la construction de la route ait causé des dommages importants.

⁵⁴ V. la Résolution AG-ONU 72/277 du 10 mai 2018 « Vers un Pacte mondial pour l'environnement ».

⁵⁵ Par exemple, v. PCA Award of 16 July 2016 précité, pt. 991 ; Arrêt du 16 décembre 2015 précité, pt. 168.

⁵⁶ Arrêt du 20 avril 2010 précité, pt. 205 ; Arrêt du 16 décembre 2015 précité, pt. 228.

⁵⁷ Arrêt du 16 décembre 2015 précité, pt. 146 ss.

⁵⁸ Y. Kerbrat et S. Maljean-Dubois, « La Cour internationale de Justice face aux enjeux de protection de l'environnement : réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010. Réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay) », *RGDIP*, n°1, 2011, t. CXV, pp. 39-75.

⁵⁹ Arrêt du 16 décembre 2015 précité, pt. 100.

Le raisonnement de la Cour laisse subsister des interrogations qu'il faudra lever à l'avenir. Les États ont-ils *seulement* (elle est lourde) une obligation de comportement (qui exige l'emploi de moyens spécifiquement déterminés) ou bien auraient-ils aussi une obligation de résultat (assurer par un comportement déterminé le résultat requis) ? Est-il possible et légitime de faire peser sur l'Etat une telle obligation de résultat ? À moins que la Cour ait d'abord recherché l'existence d'un dommage pour ensuite, s'il y avait lieu, déterminer si le Costa Rica avait pris toutes les mesures raisonnables et appropriées pour l'éviter, ce qui l'aurait exonéré de sa responsabilité ? Si tant est que les États aient en la matière des obligations de comportement et de résultat, l'articulation entre elles n'est pas claire, de même que n'est pas claire et opératoire la distinction entre obligations substantielles et procédurales. Les catégories obligations de comportement/procédurales et substantielles/de résultat ne se superposant pas non plus exactement, cela vient encore davantage brouiller la compréhension.

On ajoutera que le respect des obligations concrètes qui pèsent ici sur les États est essentiel. Elles sont le cœur et la matérialisation de l'obligation de diligence. Aussi la jurisprudence devrait-elle être très stricte à leur sujet. Pourtant, la Cour, qui semble parfois reprendre d'une main ce qu'elle donne de l'autre, n'est pas toujours exigeante quant à leur mise en œuvre. Ainsi, dans l'affaire des *Usines*, la Cour a considéré comme coutumière l'obligation de réaliser une étude d'impact, mais elle a laissé dans le même temps une large marge aux États dans sa réalisation : « *il revient à chaque État de déterminer, dans le cadre de sa législation nationale ou du processus d'autorisation du projet, la teneur exacte de l'évaluation de l'impact sur l'environnement requise dans chaque cas en prenant en compte la nature et l'ampleur du projet en cause et son impact négatif probable sur l'environnement, ainsi que la nécessité d'exercer, lorsqu'il procède à une telle évaluation, toute la diligence requise* »⁶⁰. Or, une étude d'impact peut être très formelle... Ce renvoi au droit interne relativisait quelque peu la reconnaissance de l'obligation internationale de procéder à une étude d'impact, la décision sur l'opportunité de celle-ci, de même que sur son organisation concrète reposant sur le seul État d'origine. Or, si la Cour réaffirme cela dans l'arrêt de 2015, elle utilise une formule un peu différente et probablement moins souple pour les États : « *[c]'est à la lumière des circonstances propres à chaque cas que doit être déterminée la teneur de l'évaluation de l'impact sur l'environnement* »⁶¹.

Une certaine ambivalence caractérise ainsi les positions de la Cour s'agissant de la formulation et de la réalisation des obligations de *due diligence*, qu'elle consacre avec force mais pour lesquelles elle laisse une marge de manœuvre aux Etats qui en réduit fortement la portée. La même ambivalence se manifeste quant à la responsabilité internationale des États et aux conséquences que la Cour tire des violations des obligations de diligence.

II.– Responsabilité et réparation des dommages environnementaux

Dans les arrêts qu'elle a rendus sur les affaires qui ont opposé le Costa Rica et le Nicaragua, la Cour s'est montrée à la fois soucieuse de préserver l'intérêt des États qui autorisent des activités possiblement dommageables à l'environnement, en confirmant l'absence de conséquence dissuasive à la violation des obligations procédurales (A), et désireuse de contribuer au progrès du droit international de l'environnement en consacrant le caractère réparable du préjudice écologique pur en droit international général (B).

A.– Absence de conséquence dissuasive à la violation des obligations procédurales

⁶⁰ Arrêt du 20 avril 2010 précité, pt.205.

⁶¹ Arrêt du 16 décembre 2015 précité, pt.104.

Prolongeant la solution qu'elle avait retenue dans son arrêt en l'affaire des *Usines*, la CIJ confirme dans son arrêt de 2015 que la satisfaction est la forme de réparation adéquate des dommages causés par la méconnaissance des obligations procédurales. Ce résultat, très peu dissuasif des violations, procède de l'étanchéité artificielle et contestable que la Cour entretient entre obligation de procédure et obligations de fond⁶², qui la conduit à refuser systématiquement la *restitutio in integrum* et plus généralement toute réparation matérielle dès lors que la violation ne concerne qu'une obligation de nature procédurale. Ayant rejeté la *restitutio in integrum* dans l'affaire des *Usines*, la Cour avait « pour les mêmes raisons » refusé dans son arrêt d'accueillir la demande de l'Argentine relative à l'indemnisation de certains préjudices dans des secteurs économiques comme le tourisme et l'agriculture⁶³. Si la Cour avait conclu dans cette affaire à la violation des obligations de fond, elle aurait ainsi certainement envisagé plus sérieusement l'hypothèse de la *restitutio in integrum* et celle de la réparation par équivalent. Il en est de même dans l'arrêt du 16 décembre 2015 : la Cour tire du fait que le Costa Rica n'a violé « qu' » une obligation de nature procédurale (l'obligation de réaliser une étude d'impact avant la construction d'une très longue route le long du fleuve San Juan) que le Nicaragua ne pouvait prétendre ni à la remise en état ni à une indemnisation⁶⁴.

Dans ce dernier arrêt, la CIJ introduit en sus un élément nouveau pour refuser la restitution et l'indemnisation : « La Cour rappelle [où l'avait-elle donc écrit auparavant ?] que la restitution et l'indemnisation sont des formes de réparation du préjudice matériel », et non pas, sous-entendu, des préjudices immatériels. Telle affirmation surprend. Si bien sûr restitution et indemnisation sont particulièrement adaptées pour la réparation des dommages matériels, l'une et l'autre peuvent néanmoins convenir aux dommages immatériels. Les exemples sont légion dans le champ des droits de l'Homme, s'agissant de la réparation du dommage moral⁶⁵. Le tribunal constitué dans l'affaire du *Rainbow Warrior* avait, au contraire de la CIJ, considéré que l'indemnisation pouvait être une forme appropriée de réparation des préjudices immatériels dans le contentieux interétatique⁶⁶.

B.– Réparation du dommage écologique pur

Outre la question des conditions de l'engagement de la responsabilité des États pour violation des obligations de *due diligence*, la Cour a été appelée à se prononcer dans le cadre des différends entre le Costa Rica et le Nicaragua sur les modalités de réparation et d'évaluation du préjudice écologique pur en droit général de la responsabilité internationale.

Ces questions se posaient dans la première affaire, celle des *Activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* à propos des opérations conduites par le Nicaragua sur le territoire du Costa Rica en violation du droit international. Plus précisément, la Cour était appelée à statuer sur les conséquences dommageables d'activités réalisées par le Nicaragua dans une zone de 3 km² située dans la partie la plus orientale de la frontière terrestre entre les deux États, à proximité de l'embouchure du fleuve San Juan. Dans cet espace, pourtant inscrit sur la liste des zones humides d'importance internationale de la Convention de Ramsar, le gouvernement nicaraguayen avait, en particulier, fait draguer ou creuser trois chenaux, coupant à cet effet arbres et végétation, et déplaçant une importante quantité de terre. La Cour ayant dit, dans son arrêt rendu le 16 décembre 2015, que cet espace était situé sur le territoire

⁶² V. *supra* et Y. Kerbrat et S. Maljean-Dubois, « La Cour internationale de Justice face aux enjeux de protection de l'environnement », *op. cit.*, pp. 42-45.

⁶³ Arrêt, pt. 276.

⁶⁴ Pt. 226 de l'arrêt.

⁶⁵ V. par ex. CEDH, arrêt du 25 juin 2013 (n° 30812/07, *Trévalec c/ Belgique*).

⁶⁶ *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair*, sentence arbitrale du 30 avril 1990, *Rec. sent. Arbitrales*, vol. 20, spéc. p. 271, pt. 115.

du Costa Rica, elle en a conclu que ces travaux avaient été réalisés en violation de la souveraineté territoriale de celui-ci⁶⁷. Elle en a déduit que le Nicaragua avait « *l'obligation d'indemniser le Costa Rica à raison des dommages matériels qu'il lui a causés par les activités illicites auxquelles il s'est livré sur le territoire costaricien* » (pt. 229).

Les parties n'ayant pu s'accorder sur les modalités de cette indemnisation, le Costa Rica s'est tourné de nouveau vers la Cour qui, dans son arrêt, a statué sur l'indemnisation due par le Nicaragua. L'intérêt de l'affaire résidait dans le fait que le Costa Rica demandait que soient réparés non seulement son préjudice économique, mais également les dommages causés à l'environnement *per se*. De manière notable, la Cour reconnaît le préjudice écologique en droit international dans son arrêt sur l'indemnisation du 2 février 2018 et admet son caractère réparable. Elle indique en outre les modalités de réparation et quelques critères et méthodes permettant d'évaluer de ce préjudice.

L'affirmation du caractère réparable du préjudice écologique pur en droit international coutumier de la responsabilité internationale

L'aspect le plus remarquable de l'arrêt du 2 février 2018 est que la Cour internationale reconnaît pour la première fois que le droit international général donne droit à réparation des dommages à l'environnement, dès lors qu'ils sont la conséquence d'un fait internationalement illicite. Sans doute la Commission d'indemnisation des Nations Unies pour l'Irak avait-elle été spécialement investie de la compétence d'accorder une indemnité pour les dommages à l'environnement causé par l'Irak sur le territoire du Koweït en particulier et avait accordé réparation pour de tels préjudices⁶⁸. Mais jamais il n'avait été affirmé aussi clairement que le droit international général relatif à la responsabilité internationale des États impose la réparation de tels préjudices. C'est désormais chose faite : « *il est [...] conforme aux principes du droit international régissant les conséquences de faits internationalement illicites, et notamment au principe de la réparation intégrale, de conclure que les dommages environnementaux ouvrent en eux-mêmes droit à indemnisation, en sus de dépenses engagées par l'État lésé en conséquence de tels dommages* » (pt. 41, nous soulignons). La Cour n'explique guère les raisons pour lesquelles le principe de la réparation intégrale fonde une telle solution. Celle-ci n'est pas évidente dans la mesure où elle présuppose que le dommage à l'environnement *per se* soit un dommage subi par un État. Or telle imputation peut faire débat dans son principe même s'agissant du préjudice à l'environnement *per se*, différencié des dommages économiques ou aux personnes qui peuvent en résulter⁶⁹. Manifestement, la Cour n'a pas souhaité s'embarasser de telles questions et a préféré faire œuvre créatrice en affirmant le caractère réparable du préjudice écologique.

La Cour rappelle néanmoins que, dans les relations entre États, les dommages ne donnent droit à réparation que lorsqu'« *existe un lien de causalité suffisamment direct et certain* » (pt. 72) entre le fait internationalement illicite (ici, la violation de la souveraineté du Costa Rica) et le préjudice subi. Mais, elle reconnaît aussi que, s'agissant des dommages à l'environnement, ce lien de causalité peut être problématique. Parce qu'ils sont possiblement attribuables à plusieurs causes concomitantes ou que le lien de causalité ne peut pas toujours être démontré avec certitude, compte tenu de l'état des connaissances scientifiques, la Cour appréciera au cas par cas les difficultés de preuve « *à la lumière des faits propres à l'affaire et des éléments de preuve présentés à la Cour* » (pt. 34). Cette précision, qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière⁷⁰, atteste

⁶⁷ Arrêt du 16 décembre 2015 précité, *CIJ Recueil 2015*, p. 665.

⁶⁸ V. J.-C. Martin, « La pratique de la Commission d'indemnisation des Nations Unies pour l'Irak en matière de réclamations environnementales », in SFDI, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, *op. cit.*, pp. 257-274.

⁶⁹ V. Y. Kerbrat, « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement », *op. cit.*, spéc. p. 140 et s.

⁷⁰ V. l'arrêt *Tatar c. Roumanie* (req. n°67021/01) du 27 janvier 2009, spéc. pt. 105, et E. Lambert Abdelgawad, « La Cour européenne des droits de l'homme et le traitement de la connaissance scientifique sur la nocivité des ondes électromagnétiques, produits

de la volonté de ne pas surcharger le fardeau de la preuve en matière environnementale et laisse ouverte, par exemple, l'éventualité de l'admission d'une preuve probabiliste de la causalité, fondée par exemple sur des statistiques.

Modalités de réparation et d'évaluation du préjudice écologique

Il est bien connu qu'en droit international, la réparation vise, comme l'a énoncé la Cour permanente de Justice internationale, à « effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »⁷¹. La réparation doit en conséquence être « intégrale »⁷². La restitution en nature est toujours privilégiée, mais lorsque ce mode de réparation « est matériellement impossible ou emporte une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui en dériverait, la réparation prend alors la forme de l'indemnisation ou de la satisfaction »⁷³. En l'espèce, la remise en état des lieux par le Nicaragua était matériellement difficile, voire impossible ; elle n'a d'ailleurs pas été envisagée par les Parties. La Cour s'est donc contentée de fixer le montant de l'indemnité due au Costa Rica, en prenant soin de rappeler ce faisant que la réparation du préjudice subi est indépendante de la gravité des faits reprochés. Ainsi, l'« indemnisation ne doit... pas revêtir un caractère punitif ou exemplaire » (pt. 31)⁷⁴.

S'agissant des dommages à l'environnement, hors les dépenses de restauration des lieux, le Costa Rica évaluait les préjudices à plus de 2,8 millions de dollars, pour la perte de divers biens et services écosystémiques. Le Nicaragua estimait quant à lui le préjudice à près de 35 000 dollars.

Les parties divergeaient notamment sur la méthode d'évaluation des dommages à l'environnement. Le Nicaragua prônait le choix d'une méthode fondée sur le coût de la compensation environnementale ; le montant du dommage indemnifiable serait celui qui devrait être payé pour financer la conservation d'une zone dont les services environnementaux sont équivalents, jusqu'à ce que l'espace endommagé se soit reconstitué. Une telle méthode est retenue par exemple par la Directive européenne de 2004 sur la responsabilité environnementale⁷⁵, l'*Oil Pollution Act* américain ou encore la Commission d'indemnisation des Nations Unies précitée créée à la suite de l'invasion du Koweït par l'Irak.

De son côté, le Costa Rica demandait que la Cour retienne la « méthode des services écosystémiques », utilisée pour l'évaluation de certains projets internationaux. Selon celle-ci, la valeur d'un environnement est fondée sur les biens et services fournis par celui-ci. Certains (comme le bois) sont susceptibles d'être commercialisés et ont « valeur d'usage direct » évaluable en fonction du préjudice économique subi ou prévisible. D'autres, qui ne sont pas commercialisés ou commercialisables (par exemple, les services liés à la régulation des gaz dans l'atmosphère ou au maintien de la biodiversité) ont une « valeur d'usage indirect » qui peut être estimée à partir de celle définie dans des études concernant des écosystèmes dont les conditions sont jugées similaires à celles de l'écosystème concerné (méthode d'évaluation fondée sur le transfert de valeurs). Le Costa Rica dénombrait 22 catégories de biens et services susceptibles d'avoir été dégradés ou perdus en conséquence des activités illicites du Nicaragua, mais ne demandait d'indemnisation que pour les dommages causés à six d'entre eux : le bois et les autres matières premières ; la régulation des gaz et de la qualité de l'air ;

chimiques et autres activités polluantes », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 27, décembre 2016.

⁷¹ *Usine de Chorzow*, fond, arrêt n°13, 1928, C.P.J.I. série A n°17, p. 47

⁷² Article 34 du projet de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite.

⁷³ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, *CIJ Recueil 2010*, p. 103, par. 273 ; rappelé au pt. 31 de l'arrêt du 2 février 2018.

⁷⁴ *Contra*, op. individuelle du Juge Bandhari.

⁷⁵ Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JOUE*, n° L 143 du 30/04/ 2004, p. 56.

l'atténuation des risques naturels ; la formation du sol et la lutte contre l'érosion ; la biodiversité, en ce qui concerne l'habitat et le renouvellement des populations.

Dans son arrêt, la Cour ne choisit pas entre ces deux méthodes ; elle considère qu'elle peut se référer « à l'une ou à l'autre chaque fois que leurs éléments offriront une base raisonnable d'évaluation » (pt. 52). Elle refuse, comme l'indique le juge Guillaume, de « s'embarrasser de querelles de méthode »⁷⁶, en tout cas de s'enfermer dans une méthode donnée préférant là encore déterminer au cas par cas celle qui offrira l'évaluation la plus juste et raisonnable. Dans son arrêt, la Cour examine les atteintes à l'environnement pour chacun des six biens et valeurs identifiés par le Costa Rica et constate, à la lumière des preuves apportées, la réalité de la dégradation pour quatre d'entre eux, dont, de manière remarquable, les atteintes à la biodiversité et la réduction de la capacité de la zone à réguler les gaz à effet de serre. Elle procède ensuite à une évaluation globale de ces dommages sur la base des évaluations faites par les parties pour chacune de ces valeurs, en n'excluant pas des considérations d'équité (pt. 35). Toutefois, elle s'abstient prudemment d'indiquer les modalités de son calcul, qui la conduit à accorder au Costa Rica 120 000 dollars (pt. 86). Ce montant, qu'il faut rapporter à la petite taille de la zone, est bien loin des demandes costariciennes qui n'ont donc pas convaincu les juges, comme le montrent d'ailleurs différentes déclarations et opinions jointes à l'arrêt. Une évaluation plus précise était-elle possible ? Rien n'est moins sûr. Chacune des deux méthodes (celles du remplacement et des services écosystémiques) repose sur des évaluations d'experts et/ou des travaux de recherches qui ne font pas l'unanimité parmi les scientifiques. Les juges ne sont pas armés pour opérer un choix parmi ces études. Ils ne peuvent déterminer le montant de l'indemnisation qu'à partir des évaluations faites par chacune des parties pour en déduire une évaluation raisonnable compte tenu notamment de l'ampleur du dommage. Comme le résume le juge Donoghue dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt, « *valuation of damage to environmental goods and services that have not been traded in a market is a matter of approximation and extrapolation* » (pt. 22). La Cour ne peut dès lors faire totalement abstraction de considérations d'équité, bien présentes dans la décision des juges quoiqu'elles ne soient pas mentionnées expressément dans l'arrêt⁷⁷. La Cour aurait pu néanmoins faire état de données chiffrées s'agissant en particulier de la valeur des biens et services écosystémiques pris en compte. L'arrêt donne à cet égard une impression d'approximation peu propice à l'acceptation de la solution par les parties au différend, et ce quand bien même la somme allouée dans l'arrêt ne paraît pas aberrante au vu des méthodes d'évaluation économique à l'hectare des biens et services environnementaux⁷⁸.

*

En ne faisant aucune difficulté à reconnaître le préjudice écologique et son caractère réparable, en prônant en la matière une démarche casuistique et ouverte, la Cour franchit une étape importante, au moins symboliquement, pour la protection de l'environnement. Cette décision pourrait inspirer d'autres juridictions à l'échelle internationale, mais aussi régionale ou même nationale. Par cette évolution, les affaires qui ont opposé le Nicaragua et le Costa Rica auront ainsi permis une avancée substantielle du droit international de l'environnement, et ce quoique la Cour demeure par ailleurs frileuse s'agissant d'admettre la responsabilité des États pour violation de leurs obligations de *due diligence*. Les décisions auxquelles ces affaires ont donné lieu sont à relier au récent avis rendu par la Cour interaméricaine des droits

⁷⁶ Dans sa déclaration comme juge *ad hoc* dans cette affaire, pt. 20.

⁷⁷ V. l'opinion individuelle du juge Bandhari, pt. 11.

⁷⁸ V. par exemple R. Costanza et al., « Changes in the global value of ecosystem services », *Global Environmental Change*, vol. 26, pp. 152-158.

de l'homme en réponse à une série de questions posées par la Colombie⁷⁹. Dans cet avis très riche, la Cour interaméricaine considère notamment que, pour respecter et assurer le respect des droits à la vie et à l'intégrité personnelle, les États ont l'obligation de prévenir les dommages environnementaux importants tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de leur territoire. Il y a là, sur le fondement des droits de l'homme, une extension considérable du champ des obligations de *due diligence* que le droit international de l'environnement réserve aux dommages transfrontières. Les fertilisations mutuelles entre ces deux branches du droit international et les jurisprudences des divers fors internationaux s'avèrent décidément très productives.

⁷⁹ Inter-American Court of Human Rights Environment and Human Rights Advisory Opinion OC-23/17 of November 15, 2017, Requested by the Republic of Colombia, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf consulté le 18 juin 2018.