

SEPARATE OPINION OF JUDGE DONOGHUE

Obligation under customary international law to exercise due diligence in preventing significant transboundary environmental harm — Environmental Impact Assessment — Notification — Consultation.

1. In each of these joined cases, the Applicant contends that the Respondent violated general international law by causing significant transboundary harm to the territory of the Applicant, by failing to conduct an environmental impact assessment and by failing to notify and to consult with the Applicant. I write separately to present my views regarding customary international law in respect of transboundary environmental harm. In particular, I emphasize that States have an obligation under customary international law to exercise due diligence in preventing significant transboundary environmental harm. I consider that the question whether a proposed activity calls for specific measures, such as an environmental impact assessment, notification to, or consultation with, a potentially affected State, should be judged against this underlying obligation of due diligence.

2. I begin with two points of terminology. First, the Court today, as in the *Pulp Mills* case (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, p. 14), uses the terms “general international law” and “customary international law”, apparently without differentiation. Although some writers have ascribed distinct meanings to these two terms, I consider that the task before the Court today is the examination of “international custom, as evidence of a general practice accepted as law” in accordance with Article 38, paragraph 1 (*b*), of the Statute of the Court. Secondly, I use the term “State of origin” here to refer to a State that itself plans and engages in an activity that could pose a risk of transboundary harm. Much of what I have to say would also apply to a State that authorizes such an activity. I do not intend here to address the legal consequences of private activities that are not attributable to the territorial State, nor do I take account of ultra-hazardous activities, which are not before the Court today.

CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW OF THE ENVIRONMENT

3. An assessment of the existence and content of customary international law norms is often challenging. Over the years, some have seized on the 1927 statement of the Permanent Court of International Justice that

OPINION INDIVIDUELLE DE M^{me} LA JUGE DONOGHUE

[Traduction]

Droit international coutumier prévoyant l'obligation d'exercer la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières importants — Evaluation de l'impact sur l'environnement — Notification — Consultation.

1. Dans chacune des présentes instances jointes, le demandeur soutient que le défendeur a violé le droit international général 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 le consulter. Je souhaite présenter ici mes vues concernant le droit international coutumier en matière de dommages transfrontières. Plus précisément, je souligne que les Etats sont tenus, au titre du droit international coutumier, d'exercer la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières importants. Je considère que c'est au regard de ce devoir de diligence sous-jacent qu'il y a lieu d'examiner la question de savoir si une activité projetée exige de prendre des mesures spécifiques, telles que la réalisation d'une évaluation de l'impact sur l'environnement, ou d'informer ou consulter les autres Etats susceptibles d'être touchés.

2. Je commencerai par préciser deux points terminologiques. Premièrement, comme dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* ((*Argentine c. Uruguay*), arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 14), la Cour emploie en l'espèce les termes «droit international général» et «droit international coutumier» sans faire de distinction apparente. Même si certains auteurs ont attribué des sens différents à ces deux termes, j'estime que la tâche qui incombe aujourd'hui à la Cour consiste à examiner la «coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit», au sens de l'alinéa *b*) du paragraphe 1 de l'article 38 de son Statut. Deuxièmement, j'emploie ici les termes «Etat d'origine» pour désigner l'Etat qui forme le projet d'exercer une activité susceptible de présenter un risque de dommage transfrontière et s'y livre lui-même, mais l'essentiel de ce que j'ai à dire s'appliquerait également à l'Etat qui autorise pareille activité. Je n'entends pas aborder les conséquences juridiques des activités privées qui ne sont pas attribuables à l'Etat du for, ni les activités extrêmement dangereuses, ce dont il n'est pas question en l'espèce.

LE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER DE L'ENVIRONNEMENT

3. Il est souvent difficile de déterminer l'existence et la substance des règles du droit international coutumier. Au fil des ans, d'aucuns se sont réclamés de la déclaration faite en 1927 par la Cour permanente de Jus-

“[r]estrictions upon the independence of States cannot . . . be presumed” (“*Lotus*”, *Judgment No. 9, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 10*, p. 18) to support the assertion that, where evidence of State practice and *opinio juris* is incomplete or inconsistent, no norm of customary international law constrains a State’s freedom of action. Such an assertion, an aspect of the so-called “*Lotus*” principle, ignores the fact that the identification of customary international law must take account of the fundamental parameters of the international legal order. These include the basic characteristics of inter-State relations, such as territorial sovereignty, and the norms embodied in the Charter of the United Nations, including the sovereign equality of States (Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations).

4. In the case concerning *Jurisdictional Immunities of the State* ((*Germany v. Italy: Greece intervening*), *Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, p. 99), the question was whether, under customary international law, Germany was immune from certain lawsuits and measures of constraint in Italy. The Court recognized that it faced a situation in which two basic parameters of the international legal order — sovereign equality and territorial sovereignty — were in tension. It observed that State immunity “derives from the principle of sovereign equality of States” which “has to be viewed together with the principle that each State possesses sovereignty over its own territory” (*ibid.*, pp. 123-124, para. 57). More precisely, “[e]xceptions to the immunity of the State represent a departure from the principle of sovereign equality. Immunity may represent a departure from the principle of territorial sovereignty and the jurisdiction which flows from it” (*ibid.*, p. 124, para. 57). The Court then evaluated the evidence of State practice and *opinio juris* in light of these competing principles, finding sufficient evidence of State practice and *opinio juris* to define with some precision the rules of customary international law that governed the facts in that case.

5. The Court’s approach in *Jurisdictional Immunities of the State*, which grounds the analysis in fundamental background principles, applies with equal force to the consideration of the existence and content of customary international law regarding transboundary environmental harm. If a party asserts a particular environmental norm without evidence of general State practice and *opinio juris*, the “*Lotus*” presumption would lead to a conclusion that customary international law imposes no limitation on the State of origin. As in *Jurisdictional Immunities of the State*, however, the appraisal of the existence and content of customary international law regarding transboundary environmental harm must begin by grappling with the tension between sovereign equality and territorial sovereignty.

6. As a consequence of territorial sovereignty, a State of origin has broad freedom with respect to projects in its own territory (the building

tice internationale, qui avait alors conclu que «[l]es limitations de l'indépendance des Etats ne se présum[ai]ent ... pas» («*Lotus*», arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10, p. 18), pour soutenir que, s'agissant d'une règle du droit international coutumier, lorsque la pratique des Etats et l'*opinio juris* n'offrent que des éléments incomplets ou contradictoires, elle ne saurait entraver la liberté d'action des Etats. Pareille affirmation ne tient compte que d'un seul aspect du principe dit «*Lotus*», alors que, pour définir le droit international coutumier, il faut prendre en considération les paramètres fondamentaux de l'ordre juridique international, c'est-à-dire les piliers des relations entre Etats, telle la souveraineté territoriale, et les normes énoncées dans la Charte des Nations Unies, comme l'égalité souveraine des Etats (Charte des Nations Unies, art. 2, par. 1).

4. Dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat* ((*Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)*), arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I), p. 99), la question était de savoir si, au regard du droit international coutumier, l'Allemagne bénéficiait, en Italie, de l'immunité de juridiction et de contrainte. La Cour a reconnu qu'il s'agissait d'une situation où entraient en conflit deux paramètres essentiels de l'ordre juridique international: l'égalité souveraine et la souveraineté territoriale. Elle a fait observer que l'immunité de l'Etat «procédait] du principe de l'égalité souveraine des Etats», qui «d[evait] être considéré conjointement avec celui en vertu duquel chaque Etat dét[enait] la souveraineté sur son propre territoire» (*ibid.*, p. 123-124, par. 57), avant de préciser ceci: «[l]es exceptions à l'immunité de l'Etat constituent une dérogation au principe de l'égalité souveraine. L'immunité peut constituer une dérogation au principe de la souveraineté territoriale et au pouvoir de juridiction qui en découle» (*ibid.*, p. 124, par. 57). Elle a ensuite examiné la pratique des Etats et l'*opinio juris* à la lumière de ces principes concurrents et jugé qu'elle disposait d'éléments suffisants pour définir avec une certaine précision les règles du droit international coutumier dont relevaient les faits de cette affaire.

5. La démarche adoptée par la Cour dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat* et consistant à asseoir son analyse sur les principes fondamentaux s'applique tout aussi bien à la recherche de l'existence et de la substance des règles du droit international coutumier en matière de dommages transfrontières. Dans l'hypothèse où serait invoquée une norme environnementale, à moins que l'argumentation ne soit étayée sur la pratique générale des Etats et l'*opinio juris*, la présomption établie dans l'affaire «*Lotus*» amènerait à conclure que le droit international coutumier n'impose aucune limitation à l'Etat d'origine. Toutefois, comme dans l'affaire relative aux *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, la détermination de l'existence et de la substance des règles du droit international coutumier concernant les dommages transfrontières est subordonnée à l'examen du conflit opposant, en l'espèce, l'égalité souveraine et la souveraineté territoriale.

6. La souveraineté territoriale confère à l'Etat d'origine une grande liberté en ce qui concerne les projets qu'il entend réaliser sur son propre

of a road, the dredging of a river). However, the equal sovereignty of other States means that the State of origin is not free to ignore the potential environmental impact of the project on its neighbours. At the same time, the rights that follow from the equal sovereignty of a potentially affected State do not give it a veto over every project by the State of origin that has the potential to cause transboundary environmental harm.

7. The 1992 Rio Declaration on Environment and Development (Principle 2) and its predecessor, the 1972 Stockholm Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Principle 21), offer a widely-cited formulation that balances the interests of the State of origin and potentially affected States:

“States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.” (Rio Principle 2.)

8. The Court in the *Pulp Mills* case took an approach that synthesizes the competing rights and responsibilities of two sovereign equals in respect of transboundary environmental harm, by holding the State of origin to a standard of due diligence in the prevention of significant transboundary environmental harm:

“The Court points out that the principle of prevention, as a customary rule, has its origins in the due diligence that is required of a State in its territory. It is ‘every State’s obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States’ (*Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, *Merits, Judgment*, *I.C.J. Reports 1949*, p. 22). A State is thus obliged to use all the means at its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant damage to the environment of another State. This Court has established that this obligation ‘is now part of the corpus of international law relating to the environment’ (*Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 242, para. 29).” (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, pp. 55-56, para. 101.)

Thus, taking into account the sovereign equality and territorial sovereignty of States, it can be said that, under customary international law, a State of origin has a right to engage in activities within its own territory,

territoire (comme la construction d'une route ou le dragage d'un fleuve). Cependant, l'égalité souveraine des autres Etats signifie qu'il ne peut faire abstraction de l'impact qu'un tel projet pourrait avoir sur l'environnement de ses voisins. Parallèlement, les droits que l'Etat susceptible d'être touché tire de l'égalité souveraine n'emportent pas celui de faire obstacle à tout projet de l'Etat d'origine qui pourrait causer un dommage transfrontière.

7. La déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 (principe 2) et celle qui l'a précédée, la déclaration adoptée à Stockholm en 1972 par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (principe 21), contiennent une disposition régulièrement citée qui vise à concilier les intérêts de l'Etat d'origine et ceux des Etats susceptibles d'être touchés :

« Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale. » (Principe 2 de la déclaration de Rio.)

8. Dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, la Cour s'est employée à concilier les droits et les responsabilités concurrents de deux Etats souverains égaux en matière de dommages transfrontières en obligeant l'Etat d'origine à respecter la norme de la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières importants :

« La Cour observe que le principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise (« due diligence ») de l'Etat sur son territoire. Il s'agit de « l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats » (*Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22). En effet, l'Etat 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 Etat. La Cour a établi que cette obligation « fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1996 (I), p. 242, par. 29). » (*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 55-56, par. 101.)

Ainsi, en mettant en balance l'égalité souveraine et la souveraineté territoriale des Etats, on peut dire que, selon le droit international coutumier, l'Etat d'origine a le droit d'entreprendre des activités dans les limites de

as well as an obligation to exercise due diligence in preventing significant transboundary environmental harm.

9. The requirement to exercise due diligence, as the governing primary norm, is an obligation of conduct that applies to all phases of a project (e.g., planning, assessment of impact, decision to proceed, implementation, post-implementation monitoring). In the planning phase, a failure to exercise due diligence to prevent significant transboundary environmental harm can engage the responsibility of the State of origin even in the absence of material damage to potentially affected States. This is why (as in *Nicaragua v. Costa Rica*) a failure to conduct an environmental impact assessment can give rise to a finding that a State has breached its obligations under customary international law without any showing of material harm to the territory of the affected State. If, at a subsequent phase, the failure of the State of origin to exercise due diligence in the implementation of a project causes significant transboundary harm, the primary norm that is breached remains one of due diligence, but the reparations due to the affected State must also address the material damage caused to the affected State. (For these reasons, I do not find it useful to draw distinctions between “procedural” and “substantive” obligations, as the Court has done.)

10. This obligation to exercise due diligence is framed in general terms, but that does not detract from its importance. The question whether the State of origin has met its due diligence obligations must be answered in light of the particular facts and circumstances. Of course, it is possible that customary international law also contains specific procedural or substantive rules that give effect to this due diligence obligation. To reach conclusions on the existence and content of such specific rules, however, account must be taken of State practice and *opinio juris*. Absent consideration of such information, the Court is not in a position to articulate specific rules, and the rights and obligations of parties should be assessed with reference to the underlying due diligence obligation.

11. With this framework in mind, I turn next to some observations regarding environmental impact assessment, notification and consultation.

ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT

12. In the *Pulp Mills* case, the Court supported its interpretation of a bilateral treaty between the Parties by observing that:

“it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared

son propre territoire et l'obligation d'exercer la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières importants.

9. En tant que norme fondamentale, le devoir de diligence emporte une obligation de moyens qui concerne toutes les phases d'un projet (par exemple, planification du projet, évaluation de l'impact qu'il pourrait avoir, décision de le réaliser, mise en œuvre et contrôle *a posteriori*). A l'étape de la planification, le manquement par l'Etat d'origine à l'obligation d'exercer la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières importants peut engager sa responsabilité, même si les Etats susceptibles d'être touchés n'en subissent aucun préjudice matériel. Voilà pourquoi (comme dans l'affaire *Nicaragua c. Costa Rica*) l'omission d'évaluer l'impact sur l'environnement peut valoir manquement, de la part de l'Etat, aux obligations que lui impose le droit international coutumier, même en l'absence de preuve de dommage matériel sur le territoire de l'Etat touché. Si, à une étape ultérieure, le manquement de l'Etat d'origine à son devoir de diligence dans la mise en œuvre du projet entraîne des dommages transfrontières importants, la norme fondamentale violée reste celle de la diligence requise, mais les réparations dues à l'Etat touché doivent également tenir compte du préjudice matériel subi par cet Etat (c'est pourquoi je ne vois pas l'intérêt de distinguer entre les obligations «de nature procédurale» et «de fond», comme l'a fait la Cour).

10. Même 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'Etat d'origine y a satisfait. Bien évidemment, il est possible que le droit international coutumier prévoie aussi des règles spécifiques, tant procédurales que de fond, qui en assurent la mise en œuvre. Pour parvenir à des conclusions sur l'existence et la substance de ces règles spécifiques, il faut toutefois tenir compte de la pratique des Etats et de l'*opinio juris*, sans quoi la Cour n'est pas en mesure de les énoncer, et il convient d'apprécier les droits et les obligations des parties par rapport au devoir de diligence sous-jacent.

11. C'est dans ce cadre que je formulerai à présent quelques observations concernant l'évaluation de l'impact sur l'environnement, la notification et la consultation.

L'ÉVALUATION DE L'IMPACT SUR L'ENVIRONNEMENT

12. Dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour a étayé son interprétation d'un traité bilatéral entre les Parties en faisant observer ce qui suit :

«[O]n 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

resource. Moreover, due diligence, and the duty of vigilance and prevention which it implies, would not be considered to have been exercised, if a party planning works liable to affect the régime of the river or the quality of its waters did not undertake an environmental impact assessment on the potential effects of such works.” (*Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010 (I), p. 83, para. 204.)

13. This statement is widely understood as a pronouncement that general (or customary) international law imposes a specific obligation to undertake an environmental impact assessment where there is a risk of significant transboundary environmental harm. I am not confident, however, that State practice and *opinio juris* would support the existence of such a specific rule, in addition to the underlying obligation of due diligence. This does not mean that I am dismissive of the importance of environmental impact assessment in meeting a due diligence obligation. If a proposed activity poses a risk of significant transboundary environmental harm, a State of origin would be hard pressed to explain a decision to undertake that activity without prior assessment of the risk of transboundary environmental harm.

14. In *Pulp Mills*, the Court wisely declined to elaborate specific rules and procedures regarding the assessment of transboundary environmental impacts, stating that:

“[I]t is for each State to determine in its domestic legislation or in the authorization process for the project, the specific content of the environmental impact assessment required in each case, having regard to the nature and magnitude of the proposed development and its likely adverse impact on the environment as well as to the need to exercise due diligence in conducting such an assessment.” (*Ibid.*, para. 205.)

15. Today’s Judgment makes clear that the above-quoted passage from the *Pulp Mills* case does not give rise to a *renvoi* to national law in respect of the content and procedures of environmental impact assessment (as one of the Parties had asserted). Instead, the “[d]etermination of the content of the environmental impact assessment should be made in light of the specific circumstances of each case” (para. 104). Thus, the Court does not presume to prescribe details as to the content and procedure of transboundary environmental impact assessment. This leaves scope for variation in the way that States of origin conduct the assessment, so long as the State meets its obligation to exercise due diligence in preventing transboundary environmental harm.

particulier sur une ressource partagée. De plus, on ne pourrait considérer qu'une partie s'est acquittée de son obligation de diligence, et du devoir de vigilance et de prévention que cette obligation implique, dès lors que, prévoyant de réaliser un ouvrage suffisamment important pour affecter le régime du fleuve ou la qualité de ses eaux, elle n'aurait pas procédé à une évaluation de l'impact sur l'environnement permettant d'apprécier les effets éventuels de son projet.» (*Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 83, par. 204.)

13. Ces propos sont souvent interprétés comme indiquant que le droit international général (ou coutumier) impose l'obligation spécifique de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsqu'il existe un risque de dommage transfrontière important. Toutefois, je ne suis pas convaincue que, outre le devoir de diligence sous-jacent, la pratique des Etats et l'*opinio juris* appuieraient l'existence d'une règle aussi stricte. Loin de moi l'idée de minimiser la valeur de l'évaluation de l'impact environnemental dans la perspective de l'exécution de l'obligation de diligence. Si une activité projetée présente un risque de dommage transfrontière important, l'Etat d'origine aura peine à expliquer sa décision de l'entreprendre sans une appréciation préalable du risque de dommage transfrontière.

14. Dans l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*, la Cour s'est judicieusement refusée à élaborer des règles de fond et de procédure spécifiques relativement à l'évaluation de l'impact transfrontière sur l'environnement :

«[I]l revient à chaque Etat de déterminer, dans le cadre de sa législation nationale ou du processus d'autorisation du projet, la teneur exacte de l'évaluation de l'impact sur l'environnement requise dans chaque cas en prenant en compte la nature et l'ampleur du projet en cause et son impact négatif probable sur l'environnement, ainsi que la nécessité d'exercer, lorsqu'il procède à une telle évaluation, toute la diligence requise.» (*Ibid.*, par. 205.)

15. Dans le présent arrêt, la Cour précise que le passage précité de l'arrêt rendu en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier* n'équivaut pas à un renvoi au droit interne en ce qui concerne les règles de fond et de procédure relatives à l'évaluation de l'impact sur l'environnement (comme l'a affirmé l'une des Parties), mais que «[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» (par. 104). Ainsi, la Cour ne s'est pas aventurée à prescrire le détail des éléments de fond et de procédure de l'évaluation de l'impact transfrontière. Dans la mesure où l'Etat d'origine remplit l'obligation qui lui incombe d'exercer toute la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières, la façon dont l'évaluation est réalisée peut varier.

NOTIFICATION AND CONSULTATION

16. Today's Judgment also addresses the asserted obligations of notification and consultation in relation to significant transboundary environmental harm, stating that:

“If the environmental impact assessment confirms that there is a risk of significant transboundary harm, the State planning to undertake the activity is required, in conformity with its due diligence obligation, to notify and consult in good faith with the potentially affected State, where that is necessary to determine the appropriate measures to prevent or mitigate that risk.” (Judgment, para. 104.)

17. The Court does not provide reasons for its particular formulation of the obligations of notification and consultation, which does not emerge obviously from the positions of the Parties or from State practice and *opinio juris*. Both Parties assert that general international law requires notification and consultation regarding activities which carry a risk of significant transboundary environmental harm. However, the Parties do not present a shared view of the specific content of such an obligation. For example, Nicaragua maintains that a duty to notify and consult only arises if an environmental impact assessment indicates a likelihood of significant transboundary harm to other States, whereas Costa Rica suggests that notice to the potentially affected State may be required prior to undertaking an environmental impact assessment.

18. Because each Party seeks to hold the other to these asserted requirements, neither has an incentive to call attention to aspects of State practice or *opinio juris* that would point away from the existence of particular obligations to notify or to consult. The Court is also ill-equipped to conduct its own survey of the laws and practices of various States on this topic. (To arrive at an understanding of United States federal law regarding environmental impact assessment in a transboundary context, for example, one would need to study legislation, extensive regulations, judicial decisions and the pronouncements of several components of the executive branch.)

19. The Parties do not offer direct evidence of State practice regarding notification and consultation with respect to transboundary environmental impacts, but instead refer the Court to international instruments and decisions of international courts and tribunals. The Court's formulation of specific obligations regarding notification and consultation bears similarity to Articles 8 and 9 of the International Law Commission's 2001 Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities (*Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II, Part Two, pp. 146-147). Although these widely-cited Draft Articles and associated commentaries reflect a valuable contribution by the Commission, their role in the assessment of State practice and *opinio juris*

LA NOTIFICATION ET LA CONSULTATION

16. Dans le présent arrêt, la Cour se penche également sur les obligations de notification et de consultation invoquées, en ce qui concerne les dommages transfrontières importants :

« Si l'évaluation de l'impact sur l'environnement confirme l'existence d'un risque de dommage transfrontière important, l'Etat d'origine est tenu, conformément à son obligation de diligence due, d'informer et de consulter de bonne foi l'Etat susceptible d'être affecté, lorsque cela est nécessaire aux fins de définir les mesures propres à prévenir ou réduire ce risque. » (Arrêt, par. 104.)

17. La Cour ne fournit aucune explication quant à la formulation qu'elle donne aux obligations de notification et de consultation, laquelle ne semble provenir ni des positions des Parties ni de la pratique des Etats ou de l'*opinio juris*. Les Parties affirment toutes deux que le droit international général impose la notification et la consultation en ce qui concerne les activités qui présentent un risque de dommage transfrontière important. Toutefois, elles ne partagent pas les mêmes vues sur la substance spécifique de pareilles obligations. Ainsi, le Nicaragua soutient qu'il n'y a obligation de notifier et de consulter que si une évaluation de l'impact sur l'environnement indique que d'autres Etats subiront probablement des dommages transfrontières importants, alors que le Costa Rica fait valoir qu'il peut être nécessaire d'informer l'Etat potentiellement touché avant de procéder à une telle évaluation.

18. Chacune des Parties cherchant à imposer à l'autre les conditions qu'elle allègue, aucune n'a intérêt à attirer l'attention sur les aspects de la pratique des Etats ou de l'*opinio juris* qui tendraient à contredire l'existence d'obligations de notification et de consultation. Par ailleurs, la Cour ne dispose pas des moyens nécessaires pour procéder elle-même à l'analyse des législations et pratiques nationales sur ce sujet. (A titre d'exemple, pour parvenir à se faire une idée du droit fédéral des Etats-Unis d'Amérique en matière d'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, il faudrait étudier la législation, une réglementation très volumineuse, la jurisprudence, ainsi que les décisions de diverses autorités administratives.)

19. Les Parties n'ont apporté aucune preuve directe de la pratique des Etats en matière de notification et de consultation en ce qui concerne l'impact environnemental transfrontière, renvoyant plutôt la Cour à des textes internationaux et aux décisions des juridictions internationales. La formulation que la Cour a donnée aux obligations de notification et de consultation s'apparente à celle des articles 8 et 9 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses adopté en 2001 par la Commission du droit international (*Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, 2^e partie, p. 157-158). Même si ce projet d'articles et les commentaires y afférents, abondamment cités, constituent une contribution précieuse de la Commission, il ne

must not be overstated. One must also be cautious about drawing broad conclusions regarding the content of customary international law from the text of a treaty or from judicial decisions that interpret a particular treaty (such as the Judgment in *Pulp Mills*). The 1991 Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context (the Espoo Convention), for example, contains specific provisions on notification and consultation. The Treaty was drafted to reflect practices in Europe and North America, and, although it is now open to accession by States from other regions, it remains largely a treaty among European States and Canada. When a broader grouping of States has addressed environmental impact assessment, notification and consultation, as in the 1992 Rio Declaration, the resulting formulation has been more general (see Rio Principle 19, which calls for the provision of “prior and timely notification and relevant information” to potentially affected States and consultations with those States “at an early stage and in good faith”).

20. For these reasons, whereas I agree that a State’s obligation under customary international law to exercise due diligence in preventing significant transboundary environmental harm can give rise to requirements to notify and to consult with potentially affected States, I do not consider that customary international law imposes the specific obligations formulated by the Court. I note two particular concerns.

21. First, the Judgment could be read to suggest that there is only one circumstance in which the State of origin must notify potentially affected States — when the State of origin’s environmental impact assessment confirms that there is a risk of significant transboundary harm. A similar trigger for notification appears in Article 8 of the International Law Commission’s 2001 Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities. However, due diligence may call for notification of a potentially affected State at a different stage in the process. For example, input from a potentially affected State may be necessary in order for the State of origin to make a reliable assessment of the risk of transboundary environmental harm. The Espoo Convention (Art. 3) calls for notification of a potentially affected State before the environmental impact assessment takes place, thereby allowing that State to participate in that assessment.

22. The facts in the *Nicaragua v. Costa Rica* case illustrate the importance of notification before the environmental impact assessment is complete. Only Nicaragua is in a position to take measurements or samples from the San Juan River, or to authorize such activities by Costa Rica.

faut pas surestimer leur importance pour l'appréciation de la pratique des Etats et de l'*opinio juris*. On doit par ailleurs se garder de tirer des conclusions générales concernant l'état du droit international coutumier à partir du libellé d'un traité ou de ses interprétations judiciaires (tel l'arrêt rendu en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier*). A titre d'exemple, la convention de 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (la convention d'Espoo) contient des dispositions expresses sur la notification et la consultation. Cette convention a été rédigée pour rendre compte des pratiques européennes et nord-américaines et, même si elle est à présent ouverte à l'adhésion des Etats d'autres régions, elle demeure pour l'essentiel un traité entre les Etats européens et le Canada. Lorsque c'est un groupement plus large d'Etats qui s'est penché sur les questions de l'évaluation de l'impact sur l'environnement, de la notification et de la consultation, comme dans la déclaration de Rio de 1992, la formule qui en est résultée est bien plus générale (voir le principe 19 de la déclaration de Rio, aux termes duquel il faut «prévenir suffisamment à l'avance les Etats susceptibles d'être affectés et leur communiquer toutes informations pertinentes», et «mener des consultations avec ces Etats rapidement et de bonne foi»).

20. Pour ces raisons et même si je reconnais que l'obligation d'exercer la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières importants qui incombe à l'Etat d'origine au titre du droit international coutumier emporte certaines exigences en matière de notification et de consultation envers les Etats pouvant être touchés, je ne considère pas que le droit international coutumier impose les obligations spécifiques formulées par la Cour. Je mentionnerai deux points particulièrement préoccupants à cet égard.

21. Premièrement, on pourrait interpréter l'arrêt comme laissant entendre qu'il n'existe qu'un seul cas dans lequel l'Etat d'origine doit informer les Etats susceptibles d'être touchés, soit celui où l'évaluation de l'impact sur l'environnement qu'il effectue confirme l'existence d'un risque de dommage transfrontière important. Le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses adopté par la Commission du droit international en 2001 contient, en son article 8, un déclencheur similaire en ce qui concerne la notification. Toutefois, le devoir de diligence peut exiger qu'un Etat susceptible d'être touché soit informé à un autre stade du processus. Par exemple, la participation de cet Etat peut se révéler nécessaire pour que l'Etat d'origine puisse procéder à une évaluation fiable du risque de dommage transfrontière. La convention d'Espoo (art. 3) exige ainsi la notification aux Etats susceptibles d'être touchés avant qu'il ne soit procédé à l'évaluation de l'impact sur l'environnement, ce qui leur permet de prendre part à celle-ci.

22. Les faits de l'affaire *Nicaragua c. Costa Rica* illustrent l'importance d'une notification préalable à l'évaluation de l'impact sur l'environnement. En effet, seul le Nicaragua est à même d'effectuer des mesures et de prélever des échantillons dans les eaux du fleuve San Juan ou d'autoriser

Consequently, it is difficult to see how Costa Rica could conduct a sufficient assessment of the impact on the river without seeking input from its neighbour.

23. Secondly, there are topics other than measures to prevent or to mitigate the risk of significant transboundary harm as to which consultations could play a role in meeting the State of origin's due diligence obligation, such as the parties' respective views on the sensitivity of the environment in the affected State or the procedural details of an environmental impact assessment process.

24. Because the Court today reaffirms that the fundamental duty of the State of origin is to exercise due diligence in preventing significant transboundary environmental harm, I do not understand the Judgment to mean that a State is obligated to notify a potentially affected State only when an environmental impact assessment finds a risk of significant transboundary environmental harm, nor do I consider that the Court has excluded the possibility that the due diligence obligation of the State of origin would call for notification of different information or consultation regarding topics other than those specified by the Court. The question whether due diligence calls for notification or consultation, as well as the details regarding the timing and content of such notification and consultation, should be evaluated in light of particular circumstances.

(Signed) Joan E. DONOGHUE.

le Costa Rica à le faire. Dès lors, on voit difficilement comment le Costa Rica aurait pu évaluer correctement l'impact sur le fleuve sans tenter d'obtenir l'intervention de son voisin.

23. Deuxièmement, outre les mesures visant à empêcher ou à réduire le risque de dommage transfrontière important, il existe d'autres sujets, tels que les vues respectives des parties sur la fragilité de l'environnement de l'Etat touché ou les modalités du processus d'évaluation de l'impact sur l'environnement, pour lesquels la consultation pourrait aider l'Etat d'origine à s'acquitter de son devoir de diligence.

24. La Cour réaffirmant aujourd'hui que le devoir fondamental de l'Etat d'origine est de faire preuve de la diligence requise en vue de prévenir les dommages transfrontières importants, je ne crois pas qu'il y ait lieu d'interpréter l'arrêt comme signifiant que cet Etat est tenu d'informer les Etats susceptibles d'être touchés uniquement lorsque l'évaluation de l'impact sur l'environnement conclut à l'existence d'un risque à cet égard. Je ne considère pas non plus que la Cour ait exclu la possibilité que l'obligation de diligence incombant à l'Etat d'origine exige la notification d'autres informations ou la consultation de l'Etat susceptible d'être touché sur des sujets qu'elle n'aurait pas précisés. C'est à la lumière des circonstances de chaque cas qu'il convient d'aborder la question de savoir si le devoir de diligence nécessite la notification ou la consultation, ainsi que sur les modalités de temps et de contenu de telles obligations.

(*Signé*) Joan E. DONOGHUE.
