

SEPARATE OPINION OF JUDGE BHANDARI

Relationship between compensation and restitution in the present case — Costa Rica chose compensation as an appropriate method for reparation in the present case — Insufficiency of evidence submitted by the Parties on the quantification of environmental damage — Necessity to quantify the damage based on equitable considerations — Relevance of the precautionary approach — Punitive or exemplary damages are justified where a State has caused serious injury to the environment — Ensuring environmental protection is one of the supreme obligations under international law in the twenty-first century.

1. I concur with the Court’s reasoning on compensation owed to Costa Rica for Nicaragua’s unlawful activities. However, I wish to make some comments, additional to the Court’s Judgment, on the determination of the quantum of compensation by reference to equitable considerations, on the relevance of the precautionary approach and on punitive damages in international law.

A. RESTITUTION AND COMPENSATION IN THE PRESENT CASE

2. It is established that restitution is the preferred method of reparation under international law. However, in the circumstances of this case the appropriate method of reparation is compensation. The Court confirmed that “compensation may be an appropriate form of reparation, particularly in those cases where restitution is materially impossible or unduly burdensome” (Judgment, para. 31), supporting its statement by reference to the 2010 Judgment in *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*¹. The Court did not elaborate any further.

3. Article 35 of the 2001 Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (“ARSIWA”) provides that “[a] State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed”², or, in other words, to re-establish the *status quo ante*. However, there are two exceptions to this obligation to make reparation by way of restitution: first, restitution must not be

¹ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2010 (I)*, pp. 103–104, para. 273.

² Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II (Part Two), p. 96.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE BHANDARI

[Traduction]

Relation entre indemnisation et restitution dans la présente affaire — Indemnisation désignée par le Costa Rica comme étant la méthode de réparation appropriée en l'espèce — Insuffisance des éléments de preuve soumis par les Parties concernant la quantification des dommages causés à l'environnement — Nécessité de quantifier les dommages sur la base de considérations d'équité — Pertinence de l'approche fondée sur le principe de précaution — Octroi de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires justifié lorsqu'un Etat a causé un préjudice grave à l'environnement — Protection de l'environnement devant être inscrite comme une obligation cardinale dans le droit international du XXI^e siècle.

1. Je souscris au raisonnement de la Cour sur l'indemnisation due au Costa Rica à raison des activités illicites du Nicaragua. Je souhaite cependant ajouter à l'arrêt quelques observations concernant le calcul du montant de l'indemnité sur la base de considérations d'équité, la pertinence de l'approche fondée sur le principe de précaution et les dommages-intérêts punitifs en droit international.

A. RESTITUTION ET INDEMNISATION DANS LA PRÉSENTE AFFAIRE

2. Il est établi que la restitution est la méthode privilégiée de réparation en droit international. Toutefois, dans le contexte de la présente espèce, la méthode appropriée de réparation était l'indemnisation. La Cour a confirmé que «l'indemnisation pouvait constituer une forme appropriée de réparation, en particulier dans les cas où la restitution était matériellement impossible ou emportait une charge trop lourde» (arrêt, par. 31), une déclaration qu'elle a étayée en renvoyant à son arrêt de 2010 en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*¹. Elle n'a pas précisé davantage sa pensée sur ce point.

3. L'article 35 du projet d'articles de la Commission du droit international (ci-après, la «CDI») sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite de 2001 (ci-après, le «projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat») prévoit que «[l']Etat responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis»² soit, en d'autres termes, dans le rétablissement du *statu*

¹ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 103-104, par. 273.

² Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 96.

“materially impossible”³; second, restitution must not “involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from [it] instead of compensation”. Article 36 of ARSIWA states that “[t]he State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, *insofar as such damage is not made good by restitution*”⁴ (emphasis added). The text of Article 36 clearly conveys that compensation is available as a method for reparation only in so far as the damage is not made good by restitution. The hierarchy between restitution and compensation is confirmed by the International Law Commission’s (“ILC”) commentary to Article 36, which states that the former has “primacy as a matter of legal principle”⁵, but can be “partially or entirely ruled out either on the basis of the exceptions expressed in Article 35, or because the injured State prefers compensation or for other reasons”⁶. The Court upheld the primacy of restitution over compensation in earlier decisions⁷.

4. In the present case, there are two reasons why compensation, despite not being the preferred method for reparation as a matter of legal principle, is the form which Nicaragua’s reparation must take.

5. First, the present case falls within the scope of one of the exceptions to restitution listed in Article 35 of ARSIWA, since under the circumstances restitution would be “materially impossible”. The Court was requested to award compensation for environmental damage, which is unlikely to be made good by way of restitution. In paragraph 55 of its Judgment, the Court noted that Costa Rica requested to be compensated for six categories of goods and services lost owing to Nicaragua’s activities: “standing timber; other raw materials (fibre and energy); gas regulation and air quality; natural hazards mitigation; soil formation and erosion control; and biodiversity, in terms of habitat and nursery”. It seems clear that it would be impossible for Nicaragua to revert to the *status quo ante* (i.e., the situation existing before the unlawful activities in the affected area). Even if one considered that trees from which timber is harvested could be regrown, thus achieving some sort of *restitutio in inte-*

³ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II (Part Two), p. 96.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, p. 99, para. 3.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Pulp Mills on the River Uruguay*, *supra* note 1, pp. 103-104, para. 273; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 2004 (I)*, p. 198, para. 153. See also *Factory at Chorzów*, *Merits*, *Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 47.

quo ante. Cette obligation de réparer par voie de restitution souffre cependant deux exceptions : premièrement, la restitution ne doit pas être « matériellement impossible »³ et, deuxièmement, elle ne doit pas « impose[r] ... une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait d[']elle] plutôt que de l'indemnisation ». Aux termes de l'article 36 dudit projet, « [l']Etat responsable du fait internationalement illicite est tenu d'indemniser le dommage causé par ce fait *dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution* »⁴ (les italiques sont de moi). Il ressort clairement du texte de l'article 36 que l'indemnisation ne constitue une méthode de réparation disponible que dans la mesure où le dommage n'est pas réparé par la restitution. Cette hiérarchie entre restitution et indemnisation se trouve confirmée dans le commentaire de la CDI concernant l'article 36, où il est indiqué que la première a « primauté sur le plan des principes juridiques »⁵, mais qu'elle « peut être partiellement ou entièrement exclue, soit sur la base des exceptions énoncées à l'article 35, soit parce que l'Etat lésé préfère obtenir réparation sous la forme d'une indemnisation, soit encore pour d'autres raisons »⁶. Dans de précédentes décisions, la Cour a elle aussi confirmé la primauté de la restitution sur l'indemnisation⁷.

4. En l'espèce, il existait deux raisons pour lesquelles l'indemnisation, bien qu'elle ne soit pas la méthode de réparation privilégiée sur le plan des principes juridiques, était la forme que devait prendre la réparation due par le Nicaragua.

5. Premièrement, la présente affaire faisait entrer en jeu l'une des exceptions à la restitution énoncées à l'article 35 du projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, étant donné que la restitution était en l'occurrence « matériellement impossible ». La Cour était priée de prescrire une indemnisation à raison de dommages causés à l'environnement, auxquels il ne pouvait vraisemblablement pas être remédié par voie de restitution. Au paragraphe 55 de son arrêt, elle a relevé que le Costa Rica avait demandé à être indemnisé pour six catégories de biens et services perdus en conséquence des actes du Nicaragua, lesquelles concernaient : « le bois sur pied, d'autres matières premières (fibres et énergie) ; la régulation des gaz et de la qualité de l'air ; l'atténuation des risques naturels ; la formation du sol et la lutte contre l'érosion ; et la biodiversité, du point de vue de l'habitat et du renouvellement des populations ». Il était manifestement impossible au Nicaragua de rétablir le *statu quo ante* (à savoir la situation

³ Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 96.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, p. 99, par. 3.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, supra note 1, p. 103-104, par. 273 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. Recueil 2004 (I), p. 198, par. 153. Voir également *Usine de Chorzów, fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17*, p. 47.

grum, it seems extremely difficult that Nicaragua could restore the situation existing prior to its activities in the affected area in respect of air quality, soil erosion, and loss of biodiversity.

6. Second, an injured State can in principle choose which method of reparation it prefers in order for the responsible State to make good the damage caused. According to the ILC's commentary to the ARSIWA, the "provision of each of the forms of reparation . . . may . . . be affected by any valid election that may be made by the injured State as between different forms of reparation"⁸, since "in most circumstances the injured State is entitled to elect to receive compensation rather than restitution"⁹. The ILC's commentary refers to Article 43 of the ARSIWA, under which an injured State invoking the responsibility of another State may specify, in its notice of claim, "(b) what form reparation should take . . ."¹⁰. Although in its Application instituting proceedings of 18 November 2010 Costa Rica did not state its preference for compensation, simply requesting the Court "to determine the reparation which must be made by Nicaragua"¹¹, it later unequivocally asked Nicaragua to provide compensation and not restitution. In its Memorial of 5 December 2011, Costa Rica stated that it "seeks pecuniary compensation from Nicaragua for all damages caused by the unlawful acts that have been committed or may yet be committed"¹². In its final submissions at the closure of the oral proceedings on the merits (28 April 2015), Costa Rica again requested the Court to order Nicaragua to "make reparation in the form of compensation for the material damage . . . including but not limited to . . . damage arising from the construction of artificial *caños* and destruction of trees and vegetation on the 'disputed territory'"¹³.

7. On these grounds, restitution, despite being the preferred method of reparation as a matter of legal principle, is not the most appropriate method of reparation given the circumstances of the present case. Compensation is the appropriate, and the first legally available, method to repair the damage suffered by Costa Rica.

⁸ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II (Part Two), p. 96, para. 4.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 119.

¹¹ Application instituting proceedings (18 November 2010), para. 42.

¹² Memorial of Costa Rica (5 December 2011), para. 7.10.

¹³ CR 2015/14, p. 70 (Ugalde-Alvarez).

qui existait avant ses activités illicites dans la zone concernée). Même à supposer qu'il soit possible de faire repousser une forêt dont le bois serait récolté, ce qui aboutirait à une sorte de *restitutio in integrum*, il semblerait extrêmement difficile pour le Nicaragua de rétablir la situation qui existait avant qu'il ne mène ses activités dans la zone s'agissant de la qualité de l'air, de l'érosion du sol et de la perte de biodiversité.

6. Deuxièmement, un Etat lésé peut en principe choisir la méthode de réparation qu'il privilégie pour que l'Etat responsable remédie aux dommages causés. Selon le commentaire de la CDI relatif à son projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, la «réalisation de chacune des formes de réparation ... peut ... être affectée par le choix que l'Etat lésé peut valablement effectuer entre différentes formes de réparation»⁸, car, «dans la plupart des cas, l'Etat lésé est habilité à opter pour une indemnisation plutôt que pour une restitution»⁹. La CDI fait référence dans son commentaire à l'article 43 du projet d'articles, selon lequel un Etat lésé qui invoque la responsabilité d'un autre Etat peut préciser dans sa demande «b) [l]a forme que devrait prendre la réparation»¹⁰. Si, dans sa requête introductive d'instance du 18 novembre 2010, le Costa Rica n'a pas exprimé de préférence pour l'indemnisation, ayant simplement prié la Cour de «déterminer les réparations dues par le Nicaragua»¹¹, il a toutefois clairement demandé par la suite à obtenir une indemnisation, et non une restitution, de la part du Nicaragua. Dans son mémoire du 5 décembre 2011, il a ainsi déclaré qu'il «demand[ait] à être indemnisé par le Nicaragua pour tous les dommages causés par les faits illicites qui [avaient] été commis ou risqu[aient] encore de l'être»¹². Dans les conclusions finales dont il a donné lecture à l'issue de la procédure orale sur le fond, le 28 avril 2015, le Costa Rica a de nouveau prié la Cour de prescrire au Nicaragua «d'apporter réparation, par voie d'indemnisation, à raison des dommages matériels ..., à savoir, mais non exclusivement ... les dommages découlant de la construction des *caños* artificiels et de la destruction des arbres et de la végétation sur le «territoire litigieux»»¹³.

7. Pour ces motifs, la restitution, bien qu'elle soit la méthode de réparation privilégiée sur le plan des principes juridiques, n'était pas la plus appropriée compte tenu des circonstances de la présente espèce. C'était l'indemnisation qui était la méthode appropriée, et qui trouvait à s'appliquer au premier chef sur le plan juridique, pour remédier aux dommages subis par le Costa Rica.

⁸ Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 96, par. 4.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, p. 324.

¹¹ Requête introductive d'instance, 18 novembre 2010, par. 42.

¹² Mémoire du Costa Rica, 5 décembre 2011, par. 7.10.

¹³ CR 2015/14, p. 70 (Ugalde-Alvarez).

B. DETERMINING THE QUANTUM OF COMPENSATION BY REFERENCE
TO EQUITABLE CONSIDERATIONS

8. In paragraph 72 of the Judgment, the Court explained its three-step methodology used in order to determine the *quantum* of compensation owed to an injured State. Under this approach, formulated in *Diallo*, the Court must determine that: (i) a State suffered an injury; (ii) there is a “sufficiently direct and certain causal nexus” between the responsible State’s unlawful activities and the injured State’s injury (causation); and (iii) the amount due in compensation¹⁴.

9. The Court established that Costa Rica suffered an injury in its Judgment of 16 December 2015¹⁵. By finding, in the 2015 Judgment, that Nicaragua breached its international obligations vis-à-vis Costa Rica, the Court also implicitly found that there was a “sufficiently direct and certain causal nexus” between Nicaragua’s activities and the injury suffered by Costa Rica. Accordingly, the Court decided, in the 2015 Judgment, that Nicaragua shall pay compensation to Costa Rica¹⁶.

10. Concerning valuation, I believe that the amount awarded to Costa Rica for environmental damage has not been sufficiently explained by the Court’s reasoning. In paragraphs 76-77 of the Judgment, the Court expressed its view that the evidence provided by both Parties did not support the valuations proposed in their respective written proceedings. In its commentary to Article 36 ARSIWA, the ILC admitted that “[d]amage to . . . environmental values . . . may be difficult to quantify”¹⁷. The present case compellingly illustrates the difficulties of quantifying damages for environmental harm. The felling of trees by Nicaragua prior to the digging of the *caños* could not be made good simply by awarding Costa Rica the costs of lost timber. Through photosynthesis, the felled trees also produced oxygen, which was used by a number of living organisms in the affected area, including humans and a variety of animals. Through their roots, such trees also exchanged elements with the soil and the organisms living therein, especially nitrogen-fixing bacteria. The difficulty in assigning a monetary value to such arboreal activities seems apparent, since it is unclear and uncertain how long it would take for the felled trees to regrow and for the environmental services lost to be restored as a result.

¹⁴ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012 (I)*, p. 332, para. 14.

¹⁵ *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road by Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment, I.C.J. Reports 2015 (II)*, p. 740, para. 229 (2) to (4).

¹⁶ *Ibid.*, para. 229 (5) (a).

¹⁷ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. II (Part Two), p. 101, para. 15.

B. CALCUL DU MONTANT DE L'INDEMNISATION SUR LA BASE
DE CONSIDÉRATIONS D'ÉQUITÉ

8. Au paragraphe 72 de l'arrêt, la Cour a exposé sa méthode en trois étapes pour calculer le montant de l'indemnisation due à un Etat lésé. Selon cette méthode, énoncée en l'affaire *Diallo*, la Cour doit établir i) l'existence d'un préjudice; ii) l'existence d'un «lien de causalité suffisamment direct et certain» entre les activités illicites de l'Etat responsable et le préjudice subi par l'Etat lésé (causalité); et iii) le montant dû à titre d'indemnisation¹⁴.

9. La Cour a constaté le préjudice subi par le Costa Rica dans son arrêt du 16 décembre 2015¹⁵. En concluant, dans ledit arrêt, que le Nicaragua avait manqué aux obligations internationales lui incombant envers le Costa Rica, la Cour a également conclu de manière implicite qu'il existait un «lien de causalité suffisamment direct et certain» entre les activités nicaraguayennes et le préjudice subi par le Costa Rica. En conséquence, la Cour a déclaré dans son arrêt que le Nicaragua était tenu d'indemniser le Costa Rica¹⁶.

10. En ce qui concerne l'évaluation, il me semble que la Cour n'a pas donné, dans les motifs de son arrêt, d'explications suffisantes quant au montant de l'indemnité allouée au Costa Rica à raison des dommages causés à l'environnement. Aux paragraphes 76 et 77, elle s'est dite d'avis que les éléments de preuve produits par les deux Parties n'étaient pas les évaluations proposées dans leurs écritures respectives. Dans son commentaire de l'article 36 de son projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat, la CDI a reconnu que «[l]es atteintes à de telles valeurs environnementales ... [étaient] sans doute ... difficiles à évaluer»¹⁷. La présente affaire est une démonstration éclatante des difficultés posées par le calcul de l'indemnité due à raison de dommages environnementaux. Il ne pouvait être remédié aux activités d'abattage menées par le Nicaragua avant le creusement des *caños* en accordant simplement au Costa Rica une indemnité correspondant au coût du bois sur pied perdu. Les arbres coupés produisaient également, par photosynthèse, de l'oxygène qui était utilisé par un grand nombre d'organismes vivant dans la zone touchée, y compris des êtres humains et divers animaux. Par leurs racines, ces arbres échangeaient en outre des éléments avec le sol et les organismes qu'il contient, en particulier des bactéries fixatrices d'azote. Il semble évident que la valeur pécuniaire de ces fonctions est difficile à chiffrer, puisque nul ne sait de manière claire et certaine de combien de temps la forêt aura besoin pour repousser et procurer à nouveau les services environnementaux perdus.

¹⁴ *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), indemnisation, arrêt, C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 332, par. 14.

¹⁵ *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, C.I.J. Recueil 2015 (II)*, p. 740, par. 229, points 2) à 4).

¹⁶ *Ibid.*, par. 229, point 5) a).

¹⁷ Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II, deuxième partie, p. 101, par. 15.

11. In a case such as this, in which the evidence presented to the Court is inadequate to precisely quantify the compensation to be awarded to an injured party, I believe that the most appropriate decision is to award the injured State a lump sum amount of compensation based on equitable considerations. The Court did not clearly state that it reached its decision on quantum based on equitable considerations. However, such an approach would be consistent with the 2012 Judgment in *Diallo*, in which the Court considered it “appropriate to award an amount of compensation based on equitable considerations”¹⁸. Moreover, it is also consistent with the Court’s decision in the present Judgment not to apply one specific method of valuation (para. 52).

12. The Court could have been more explicit concerning its approach to determining the quantum of compensation, with particular regard to the use of equitable considerations in cases in which the available evidence is not adequate as to the exact amount to be awarded to an injured State. If it had done so, the Court would have been consistent with its previous jurisprudence on compensation and would have explained in more detail how it determined the quantum of compensation awarded for environmental harm.

C. THE PRECAUTIONARY APPROACH UNDER INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

13. The growing awareness of the need to protect the natural environment is also shown by the crystallization of the precautionary approach into a customary rule of international law. The precautionary approach was first formulated in a non-binding international instrument, namely under Principle 15 of the 1992 Rio Declaration. However, States have subsequently incorporated the precautionary approach into a considerable number of binding treaty provisions, which include, among others, Article 3 (3) of the 1992 United Nations Framework Convention on Climate Change¹⁹, Article 2 (2) (a) of the 1992 OSPAR Convention²⁰, and Article 6 of the 1995 Fish Stocks Agreement²¹. More recently, States made direct references to the need of adopting the precautionary approach in resolution 66/288 of 27 July 2012, which the United Nations General Assembly unanimously adopted as an endorsement of the Rio+20 Declaration²².

¹⁸ *Ahmadou Sadio Diallo*, *supra* note 14, p. 337, para. 33.

¹⁹ United Nations, *Treaty Series (UNTS)*, Vol. 1771, p. 107.

²⁰ *Ibid.*, Vol. 2354, p. 67.

²¹ *Ibid.*, Vol. 2167, p. 3.

²² UN doc. A/RES/66/288, Annex: “The future we want” (11 September 2012), paras. 158 and 167.

11. En pareil cas, lorsque les éléments de preuve présentés à la Cour ne permettent pas d'établir avec précision le montant de l'indemnité due à l'Etat lésé, la meilleure décision consiste selon moi à allouer à celui-ci une indemnité forfaitaire calculée sur la base de considérations d'équité. La Cour n'a pas clairement dit s'être inspirée de considérations d'équité pour parvenir au chiffre fixé. Or une telle démarche aurait été conforme à son arrêt de 2012 en l'affaire *Diallo*, dans lequel elle avait estimé « approprié d'accorder une indemnité qui sera[it] calculée sur la base de considérations d'équité »¹⁸. Il convient également, ainsi que la Cour l'a déclaré dans le présent arrêt (par. 52), de ne pas se limiter à une méthode d'évaluation donnée.

12. La Cour aurait pu expliciter davantage sa manière de calculer le montant de l'indemnité due, et en particulier d'utiliser des considérations d'équité lorsque les preuves disponibles ne permettent pas de chiffrer précisément le montant dû à l'Etat lésé. Si elle l'avait fait, elle se serait conformée à sa jurisprudence existante en matière d'indemnisation et aurait fourni de plus amples explications quant à la façon dont elle est parvenue au montant de l'indemnité qu'elle a allouée à raison des dommages causés à l'environnement.

C. L'APPROCHE FONDÉE SUR LE PRINCIPE DE PRÉCAUTION EN DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

13. La cristallisation de l'approche de précaution en tant que règle coutumière de droit international témoigne également de la prise de conscience croissante de la nécessité de protéger l'environnement naturel. Cette approche a été formulée pour la première fois dans un instrument international non contraignant, à savoir sous le principe 15 de la déclaration de Rio de 1992. Les Etats l'ont cependant incorporée par la suite dans un nombre considérable de dispositions conventionnelles contraignantes, comme le paragraphe 3 de l'article 3 de la convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992¹⁹, l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 2 de la convention pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est (dite la « convention OSPAR ») de 1992²⁰ et l'article 6 de l'accord sur les stocks de poissons de 1995²¹. Plus récemment, des Etats se sont directement référés à la nécessité d'user de précautions dans la résolution 66/288 du 27 juillet 2012, que l'Assemblée générale des Nations Unies a adoptée à l'unanimité pour exprimer son adhésion à la déclaration de Rio+20²².

¹⁸ *Ahmadou Sadio Diallo*, *supra* note 14, p. 337, par. 33.

¹⁹ Nations Unies, *Recueil des traités* (ci-après, « RTNU »), vol. 1771, p. 107.

²⁰ *Ibid.*, vol. 2354, p. 67.

²¹ *Ibid.*, vol. 2167, p. 3.

²² Nations Unies, doc. A/RES/66/288, annexe intitulée « L'avenir que nous voulons » (11 septembre 2012), par. 158 et 167.

14. International courts and tribunals also recognized the importance of the precautionary approach. In the 1990s, the Court did not explicitly rely, or indeed mention, the precautionary approach in its judicial decisions on environmental law issues²³. However, in its 2010 Judgment in *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, the Court stated that “a precautionary approach may be relevant in the interpretation and application of the provisions of the Statute [of the River Uruguay]”²⁴. Similarly, the International Tribunal for the Law of the Sea (“ITLOS”) did not rely on the precautionary approach in its early decisions, although it seemed to include implicit references to that approach in its reasoning in *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*²⁵. In its 2011 Advisory Opinion the Seabed Disputes Chamber of ITLOS observed that “the precautionary approach has been incorporated into a growing number of international treaties and other instruments”, which “has initiated a trend towards making this approach part of customary international law”²⁶.

15. The apparent crystallization of the precautionary approach into a customary rule of international law was a rapid process, which took place over only three decades. The speed of this process could be seen as a testament to the consciousness of the international community of States with respect to environmental protection. On these grounds, it would seem appropriate for the Court to rely more explicitly on the precautionary approach in future disputes raising issues of international environmental law.

D. PUNITIVE OR EXEMPLARY DAMAGES FOR ENVIRONMENTAL HARM

16. Current international law thus excludes awards of punitive or exemplary damages. In its Judgment, the Court stated that “[c]ompensation should not . . . have a punitive or exemplary character” (para. 31). While I agree with the view that current international law does not include

²³ See *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court’s Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests (New Zealand v. France) (New Zealand v. France) Case, Order of 22 September 1995, I.C.J. Reports 1995*, p. 290, para. 5; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, pp. 41-42, para. 54.

²⁴ *Pulp Mills on the River Uruguay, supra* note 1, p. 71, para. 164.

²⁵ *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999*, p. 296, paras. 73-80.

²⁶ *Responsibility and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with respect to Activities in the Area, Advisory Opinion, 1 February 2011, ITLOS Reports 2011*, p. 47, para. 135. ITLOS as a full tribunal mentioned the precautionary approach in the *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission, Advisory Opinion, 2 April 2015, ITLOS Reports 2015*, p. 59, para. 208.

14. Des juridictions internationales ont elles aussi reconnu l'importance de l'approche de précaution. Dans les années 1990, la Cour n'avait pas expressément invoqué, ni même mentionné, cette approche dans ses décisions judiciaires sur des questions de droit environnemental²³. Or, dans son arrêt de 2010 en l'affaire relative à des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, elle a déclaré qu'«une approche de précaution ... p[ouvait] se révéler pertinente pour interpréter et appliquer les dispositions du statut [du fleuve Uruguay]»²⁴. De même, alors que le Tribunal international du droit de la mer (ci-après, le «TIDM») ne s'était pas référé à cette approche dans ses décisions antérieures (encore qu'il ait semblé y faire implicitement allusion dans son raisonnement dans les affaires du *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon)*²⁵), la Chambre du TIDM pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins a, lorsqu'elle a rendu son avis consultatif de 2011, fait observer que «l'approche de précaution a[avait] été incorporée dans un nombre croissant de traités et autres instruments internationaux», ce qui avait «créé un mouvement qui tend[ait] à incorporer cette approche dans le droit international coutumier»²⁶.

15. Cette cristallisation manifeste de l'approche de précaution en tant que règle coutumière de droit international a été le fruit d'un processus rapide, qui n'a duré qu'une trentaine d'années. La vitesse de cette évolution peut être considérée comme un gage de l'importance que la communauté internationale des Etats attache à la protection de l'environnement. Partant, la Cour serait à mon sens bien inspirée de faire plus clairement fond sur l'approche de précaution lorsqu'elle en viendra à connaître à l'avenir de différends soulevant des questions relatives au droit international de l'environnement.

D. OCTROI DE DOMMAGES-INTÉRÊTS PUNITIFS OU EXEMPLAIRES À RAISON DE DOMMAGES CAUSÉS À L'ENVIRONNEMENT

16. Le droit international, en l'état, exclut l'octroi de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires. Dans son arrêt, la Cour a déclaré que «[l']indemnisation ne doit ... pas revêtir un caractère punitif ou exemplaire» (par. 31). Si je conviens que le droit international ne prévoit actuellement pas l'octroi

²³ Voir *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France) (Nouvelle-Zélande c. France)*, ordonnance du 22 septembre 1995, C.I.J. Recueil 1995, p. 290, par. 5; *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 41-42, par. 54.

²⁴ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, supra note 1, p. 71, par. 164.

²⁵ *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon; Australie c. Japon)*, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM Recueil 1999, p. 296, par. 73-80.

²⁶ *Responsabilités et obligations des Etats dans le cadre d'activités menées dans la Zone, avis consultatif, 1^{er} février 2011*, TIDM Recueil 2011, p. 47, par. 135. Le TIDM en formation plénière a mentionné l'approche de précaution dans son avis consultatif du 2 avril 2015 sur la *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches*, TIDM Recueil 2015, p. 59, par. 208.

punitive or exemplary damages, I believe that additional considerations are relevant, including whether, in light of the circumstances of the case, punitive damages ought to be awarded as a sufficient deterrent against future conduct which might result in environmental harm.

17. The preservation of the natural environment is vital to the survival of mankind. States have recognized the necessity of preserving the environment by gradually endorsing the precautionary approach (see above). Moreover, they have created a number of international law instruments which address issues relating to environmental protection. For example, Part XII of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea²⁷ is entirely dedicated to the protection of the marine environment. Article XX, paragraphs (b) and (g), of the 1947 General Agreement on Tariffs and Trade (“GATT”)²⁸ provides for exceptions to obligations under the GATT in case some trade-restrictive measures are, respectively, measures “(b) necessary to protect human, animal or plant life or health”, or measures “(g) relating to the conservation of exhaustible natural resources”. Article I of the 1977 Convention on the prohibition of military or any other hostile use of environmental modification techniques²⁹ states that

“[e]ach State Party . . . undertakes not to engage in military or any other hostile use of environmental modification techniques having widespread, long-lasting or severe effects as the means of destruction, damage or injury to any other State Party”.

In the present case, the Court was presented with an opportunity to develop the law of international responsibility beyond its traditional limits by elaborating on the issue of punitive or exemplary damages.

18. Science has proven that damage to the environment adversely affects human beings in a manner which is far-reaching and, often, not precisely quantifiable. It has been established by scientific evidence that humanity will suffer tremendous harm if irremediable damage is caused to the Earth’s natural environment. Preserving and protecting the natural environment ought to be one of the supreme obligations under international law in the twenty-first century. I am persuaded that an extraordinary situation warrants a remedy that is correspondingly extraordinary³⁰. I am of the view that this case presents such an extraordinary situation, and that the law of international responsibility ought to be developed to

²⁷ *UNTS*, Vol. 1833, p. 3.

²⁸ *Ibid.*, Vol. 1867, p. 187.

²⁹ *Ibid.*, Vol. 1108, p. 153.

³⁰ *Samaj Parivartana Samudaya v. State of Karnataka*, (2013), *Supreme Court of India Cases (SCC)*, Vol. 8, p. 154, para. 37; cited in *Samaj Parivartana Samudaya and Ors. v. State of Karnataka and Ors.* (2017), *SCC*, Vol. 5, p. 434, para. 15.

de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires, j'estime cependant que d'autres considérations entrent en jeu, comme la question de savoir si, à la lumière des circonstances de l'affaire, des dommages-intérêts à caractère punitif doivent être accordés afin de dissuader avec suffisamment de force quiconque pourrait à l'avenir agir au mépris de l'environnement.

17. La préservation de l'environnement naturel est vitale pour la survie de l'humanité. Les Etats ont reconnu la nécessité de préserver l'environnement en adhérant progressivement à l'approche de précaution (voir ci-dessus). De plus, ils ont établi plusieurs instruments de droit international qui traitent de questions relatives à la protection de l'environnement. A titre d'exemple, la partie XII de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982²⁷ est entièrement consacrée à la protection du milieu marin. L'article XX de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947 (dit le «GATT»)²⁸ prévoit, en ses alinéas *b*) et *g*), des exceptions aux obligations énoncées dans l'accord pour les cas où certaines mesures de restriction des échanges commerciaux seraient «*b*) nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou à la préservation des végétaux» ou «*g*) se rapport[eraient] à la conservation des ressources naturelles épuisables». L'article premier de la convention de 1977 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles²⁹ dispose que

«[c]haque Etat partie ... s'engage à ne pas utiliser à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles des techniques de modification de l'environnement ayant des effets étendus, durables ou graves, en tant que moyens de causer des destructions, des dommages ou des préjudices à tout autre Etat partie».

En l'espèce, une occasion s'offrait à la Cour de faire progresser le droit de la responsabilité internationale au-delà de ses limites traditionnelles en approfondissant la question des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires.

18. Il est scientifiquement prouvé que les dommages causés à l'environnement ont sur les êtres humains des effets néfastes qui ont une portée considérable et qui, bien souvent, ne peuvent être quantifiés avec précision. Il est également établi sur le plan scientifique que l'humanité connaîtra d'immenses souffrances si des dommages irrémédiables sont causés à l'environnement naturel de la planète. La préservation et la protection du milieu naturel doivent être inscrites comme une obligation cardinale dans le droit international du XXI^e siècle. Je suis convaincu qu'une situation extraordinaire appelle un remède tout aussi extraordinaire³⁰. Or il me semble que, en l'espèce, une telle situation était en jeu et que le droit de la

²⁷ *RTNU*, vol. 1833, p. 3.

²⁸ *Ibid.*, vol. 1867, p. 187.

²⁹ *Ibid.*, vol. 1108, p. 153.

³⁰ *Samaj Parivartana Samudaya c. State of Karnataka* (2013), *Supreme Court of India Cases (SCC)*, vol. 8, p. 154, par. 37; citée dans *Samaj Parivartana Samudaya and Ors. c. State of Karnataka and Ors.* (2017), *SCC*, vol. 5, p. 434, par. 15.

include awards of punitive or exemplary damages in cases where it is proven that a State has caused serious harm to the environment. The importance which humanity attaches, or ought to attach, to the well-being of the natural environment justifies, in my view, a progressive development in this direction.

19. Awards of punitive damages in these circumstances would seem to be in line with the domestic court practice in certain jurisdictions where judicial decisions on environmental harm cases have been handed down. For instance, under Indian law punitive or exemplary damages are awarded “whenever the defendant’s conduct is found to be sufficiently outrageous to merit punishment”³¹. This approach extends to cases concerning environmental harm, in which a “person guilty of causing pollution can also be held liable to pay exemplary damages so that it may act as a deterrent for others not to cause pollution in any manner”³². In addition, under Indian law it is firmly established that there is absolute liability for harm to the environment, in accordance with the “polluter pays principle”³³. According to Indian courts, this principle is part of the concept of “sustainable development”³⁴, as well as of customary international law³⁵. In my view, the principle that polluters must bear the financial costs of their activities causing harm to the environment should also extend to punitive damages. Only if those causing harm to the environment, are made to pay beyond the quantifiable damage can they be deterred from causing similar harm in the future.

20. According to the United States Supreme Court, awards of punitive damages take “the reprehensibility of the defendants’ conduct, their financial condition, the magnitude of the harm, and any mitigating facts” into consideration, amongst other factors³⁶. As an additional sum with the objective to punish and discourage, punitive damages could also serve as a means to prevent or discourage activities that harm the environment and have catastrophic consequences³⁷.

21. Nevertheless, in awarding punitive or exemplary damages international courts and tribunals should not lose sight of the kind of environmental harm caused by a State, as well as of its extent. Although punitive damages can be justified based on humanity’s necessity to live in a safe

³¹ *Common Cause v. Union of India* (1999), SCC, Vol. 6, p. 667, paras. 133-134.

³² *M. C. Mehta v. Kamal Nath* (2000), SCC, Vol. 6, p. 213, para. 24.

³³ *Vellore Citizens’ Welfare Forum v. Union of India* (1996), SCC, Vol. 5, p. 647, para. 12; *Indian Council for Enviro-Legal Action v. Union of India* (2011), SCC, Vol. 8, p. 161, para. 37.

³⁴ *Vellore Citizens’ Welfare Forum v. Union of India* (1996), *supra* note 33, para. 12.

³⁵ *Ibid.*, para. 15.

³⁶ *Exxon Shipping Co. et al. v. Baker et al.* (2008), *United States Reports*, Vol. 554, p. 481.

³⁷ *Ibid.*

responsabilité internationale doit évoluer de manière à permettre l'octroi de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires lorsqu'il est avéré qu'un Etat a causé de graves dommages à l'environnement. L'importance que l'humanité attache, ou devrait attacher, au bon état de l'environnement naturel justifie selon moi une évolution progressive en ce sens.

19. L'octroi de dommages-intérêts punitifs en pareilles circonstances aurait semblé conforme à la pratique de certaines juridictions internes ayant rendu des décisions judiciaires dans des affaires de préjudice environnemental. Ainsi, le droit indien prévoit l'octroi de dommages-intérêts punitifs ou exemplaires «lorsque le comportement du défendeur est jugé à tel point scandaleux qu'une sanction s'impose»³¹. Pareille démarche peut être suivie dans les affaires de dommages environnementaux, dans lesquelles «la juridiction saisie peut également condamner un pollueur à verser des dommages-intérêts exemplaires afin de dissuader d'autres personnes de polluer de quelque manière que ce soit»³². En outre, l'existence d'une responsabilité absolue en cas de dommages à l'environnement est bien établie en droit indien, conformément au «principe du pollueur-payeur»³³. Selon les juridictions indiennes, ce principe relève de la notion de «développement durable»³⁴, ainsi que du droit international coutumier³⁵. A mon sens, le principe selon lequel les pollueurs doivent supporter le coût financier de leurs activités nuisibles à l'environnement doit inclure l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Le seul moyen de dissuader les auteurs de dommages environnementaux de récidiver est de leur faire payer davantage qu'une indemnité pour les dommages quantifiables.

20. Selon la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, la décision d'accorder des dommages-intérêts punitifs tient notamment compte «du caractère répréhensible du comportement du défendeur, de sa situation financière, de l'ampleur des dommages et de toute circonstance atténuante»³⁶. En tant qu'indemnités additionnelles à vocation répressive et dissuasive, les dommages-intérêts punitifs pourraient également contribuer à empêcher ou à décourager les activités qui portent atteinte à l'environnement et ont des conséquences catastrophiques³⁷.

21. Cela étant, en accordant des dommages-intérêts punitifs ou exemplaires, les juridictions internationales ne doivent pas perdre de vue la nature des dommages environnementaux causés par un Etat, ni leur ampleur. Si leur octroi peut être justifié par la nécessité pour l'humanité

³¹ *Common Cause c. Union of India* (1999), *SCC*, vol. 6, p. 667, par. 133-134.

³² *M. C. Mehta c. Kamal Nath* (2000), *SCC*, vol. 6, p. 213, par. 24.

³³ *Vellore Citizens' Welfare Forum c. Union of India* (1996), *SCC*, vol. 5, p. 647, par. 12; *Indian Council for Enviro-Legal Action c. Union of India* (2011), *SCC*, vol. 8, p. 161, par. 37.

³⁴ *Vellore Citizens' Welfare Forum c. Union of India* (1996), *supra* note 33, par. 12.

³⁵ *Ibid.*, par. 15.

³⁶ *Exxon Shipping Co. et al. c. Baker et al.* (2008), *United States Reports*, vol. 554, p. 481.

³⁷ *Ibid.*

and healthy environment, they should not be completely disproportionate with respect to the financially assessable impact of a State's environmentally harmful activities.

(Signed) Dalveer BHANDARI.

de vivre dans un environnement sûr et sain, les dommages-intérêts punitifs ne doivent toutefois pas être totalement disproportionnés par rapport au coût financier chiffrable des activités menées par un Etat au détriment de l'environnement.

(Signé) Dalveer BHANDARI.
