

COMMISSION ÉCONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'EUROPE

La Convention sur l'eau de la Commission économique pour l'Europe et la Convention sur les cours d'eau des Nations Unies

Une analyse de leur contribution harmonisée au
droit international de l'eau



NATIONS UNIES

COMMISSION ÉCONOMIQUE DES NATIONS UNIES POUR L'EUROPE

La Convention sur l'eau de la Commission économique pour l'Europe et la Convention sur les cours d'eau des Nations Unies

Une analyse de leur contribution harmonisée au
droit international de l'eau

Série sur l'eau, n° 6

Attila Tanzi (Ph. D.)
Titulaire de la chaire de droit international à l'université de Bologne
(Italie)



NATIONS UNIES
New York et Genève, 2015

Note

Les appellations employées dans la présente publication et la présentation des données qui y figurent n'impliquent de la part du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies aucune prise de position quant au statut juridique des pays, territoires, villes ou zones, ou de leurs autorités, ni quant au tracé de leurs frontières ou limites.

Les opinions exprimées sont celles de leur auteur et ne reflètent pas nécessairement celles de l'Organisation des Nations Unies.

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Tous les renvois à des sites Internet et leurs adresses URL contenus dans la présente publication sont tels que consultés au 30 novembre 2014.

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

ECE/MP.WAT/42

Copyright © Nations Unies, 2015

Avant-propos

Le droit international connaît actuellement une situation inédite : il existe désormais deux accords ouverts à tous les États Membres de l'Organisation des Nations Unies portant sur le même sujet, à savoir la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux de 1992 (ci-après, la « Convention sur l'eau ») et la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation de 1997 (ci-après, la « Convention sur les cours d'eau »). Ces deux traités portent sur les cours d'eau, c'est-à-dire l'eau douce, de surface ou souterraine, partagée par au moins deux États. Selon les scientifiques, qui se sont notamment exprimés dans des rapports publiés en 2014 par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, ces ressources sont de plus en plus sollicitées, en particulier dans des zones déjà arides. Même sans tenir compte des changements climatiques, le problème est tout simplement mathématique : si la quantité d'eau sur Terre est constante, et ce depuis plusieurs milliards d'années, la population humaine continue en revanche de croître, tout comme les mesures visant à réduire la pauvreté et à favoriser le développement économique, ce qui aura inévitablement des répercussions sur les ressources en eau. La réglementation et la gestion de cette précieuse ressource sont donc plus importantes que jamais, tout comme l'est la nécessité d'un régime juridique international cohérent, compte tenu de la nature transfrontière des ressources en eau.

La question qui se pose est la suivante : est-il vraiment nécessaire de disposer de deux traités sur le même sujet ouverts à tous les États du monde? De fait, la coexistence de ces deux accords risque-t-elle d'être source de confusion, voire d'obligations incompatibles? Quel intérêt un pays aurait-il à ratifier les deux Conventions? La présente publication rédigée par un praticien compétent et expérimenté qui a participé activement à l'élaboration des deux instruments se propose de répondre à ce type de questions. Universitaire reconnu, Attila Tanzi a été membre de la délégation italienne au Groupe de travail plénier qui a négocié la Convention sur les cours d'eau de 1997, prenant activement part aux débats. Depuis 1998, il contribue aux travaux des organes juridiques créés par les parties à la Convention sur l'eau de 1992 et a notamment exercé les fonctions de membre et de Président du Conseil juridique de la Convention, qui préside à son interprétation et son application.

Si les deux accords portent sur le même sujet, leurs approches sont toutefois relativement différentes. En effet, un néophyte pourrait conclure, après un rapide coup d'œil aux textes des Conventions, que leurs buts sont bien distincts. Or, il ressort d'un examen plus minutieux que les deux traités présentent le même objet général et le même but : l'utilisation, la gestion et la protection concertées des cours d'eau internationaux. Malgré des perspectives et des méthodes très variables pour y parvenir, leur objectif général est identique. Dans la présente étude, Attila Tanzi opère une distinction particulièrement utile entre le moule « économique » de la Convention sur les cours d'eau de 1997 et le moule « environnemental » de la Convention sur l'eau de 1992. Cette dernière porterait ainsi davantage sur la protection de l'environnement, tandis que la Convention de 1997 serait plutôt axée sur la répartition. Comme l'auteur en fait la démonstration convaincante, ces qualificatifs, loin d'être contradictoires, sont plutôt complémentaires de nature. Ainsi, les deux Conventions consacrent le principe d'utilisation équitable et raisonnable, bien que la Convention de 1997 semble en approfondir davantage la définition et la mise en œuvre. De même, si les deux traités prévoient la protection des écosystèmes aquatiques et la prévention de la pollution de l'eau, la Convention sur l'eau de 1992 s'avère bien plus exhaustive à cet égard.

La genèse des deux instruments aide à mieux comprendre les perspectives retenues pour le traitement du sujet. En effet, la Convention sur les cours d'eau de 1997 a été négociée au sein des Nations Unies, sur le fondement d'un ensemble de projets d'articles rédigés sur une période de vingt ans par la Commission du droit international. Comme la majeure partie des travaux de la Commission, il s'agissait d'un exercice de codification et d'élaboration progressive du droit international. La plupart des dispositions n'ont que peu évolué lors des négociations du texte de la Convention, qui se sont déroulées en deux sessions, en 1996 et en 1997. Le texte définitif conserve donc l'aspect et la démarche fondamentale d'un traité de codification, ayant vocation à s'appliquer dans le monde entier. La Convention sur l'eau de 1992, quant à elle, a été rédigée dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe en moins de deux ans, sur la base d'un projet de texte rédigé par le secrétariat de la Commission, afin de répondre aux besoins et aux circonstances des

États membres de la Commission. En effet, nombre d'entre eux enregistrent des précipitations abondantes et comptent de nombreux cours d'eau. Au début des années 90, les membres de la Commission économique pour l'Europe avaient tout particulièrement à cœur de prévenir la pollution et de protéger l'environnement. Il n'est donc pas étonnant que la Convention sur l'eau privilégie des sujets présentant un intérêt pour des pays développés, généralement dotés de ressources abondantes en eau, historiquement habitués à échanger entre eux sur la question des cours d'eau transfrontières et qui, pour la plupart, étaient conscients de la nécessité de protéger l'environnement.

L'un des points forts de la Convention sur l'eau de 1992 est qu'il s'agit d'un « document vivant ». Le texte même de la Convention y veille, par la création d'un secrétariat (article 19) et l'organisation de réunions régulières des parties (article 17). Le secrétariat est d'un soutien précieux lors des sessions des Réunions des Parties, au cours desquelles les pays doivent « suiv[re] l'application de la Convention ». Traité de codification, la Convention sur les cours d'eau de 1997 ne comporte pas de dispositions analogues, mais prévoit tout de même l'éventuelle création par les parties de mécanismes mixtes de gestion (article 24). Il est permis d'espérer, compte tenu de la complémentarité des deux Conventions et dans un souci de cohérence et d'efficacité, qu'un secrétariat soit également établi par les parties à la Convention sur les cours d'eau de 1997 lors de son entrée en vigueur et qu'un tel organe agira en étroite coordination avec le secrétariat de la Convention sur l'eau, voire qu'il l'intégrera.

C'est précisément cette nécessité de coordination étroite dans l'élaboration, l'interprétation et l'application des deux Conventions qui fait tout l'intérêt de la présente publication. Je terminerai d'ailleurs mon propos là où Attila Tanzi commence le sien, en faisant référence aux travaux de la Commission du droit international sur la fragmentation du droit international. Dans l'étude en question, la Commission a relevé le principe dominant du droit international selon lequel lorsque plusieurs normes ont trait à un même sujet, elles doivent être interprétées de manière à être compatibles dans la mesure du possible. La présente publication démontre en quoi une telle interprétation est non seulement possible, mais qu'elle est quasiment inéluctable au regard des textes mêmes des deux Conventions. Son intérêt est d'autant plus évident qu'approche la date d'entrée en vigueur de la Convention sur les cours d'eau de 1997.



Stephen C. McCaffrey
Professeur émérite à l'université
du Pacifique, McGeorge School of Law

Préface

Environ 40 % de la population mondiale vit dans des bassins fluviaux qui traversent les frontières des États. Les bassins fluviaux transfrontières couvrent près de la moitié de la surface de la Terre et représentent quelque 60 % du volume mondial d'eau douce. Ils relient les populations et créent des liens d'interdépendance hydrologique, sociale et économique entre les pays. La coopération transfrontière dans le domaine de l'eau est donc essentielle pour garantir la disponibilité et la gestion durable de l'eau et de l'assainissement pour tous. La conclusion d'instruments juridiques entre États peut favoriser et sécuriser la coopération transfrontière dans le domaine de l'eau.

L'ouverture en 2013 de la Convention de la Commission économique pour l'Europe sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux à l'ensemble des États Membres de l'Organisation des Nations Unies et l'entrée en vigueur en 2014 de la Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, ont transformé le droit conventionnel relatif aux eaux internationales. Parallèlement, le fait de disposer soudain de deux traités sur la question à l'échelle mondiale risquait d'être source de confusion.

La présente analyse est par conséquent fort opportune et sa lecture est indispensable à quiconque souhaite mieux comprendre la contribution de ces deux Conventions au droit international de l'eau. En effet, cette publication confirme la complémentarité des deux instruments, déjà soulignée par le Secrétaire général des Nations Unies, Ban Ki-moon, qui a préconisé en 2012 que « l'élargissement de la Convention [sur l'eau de la CEE] au monde entier aille également de pair avec l'entrée en vigueur attendue de la Convention sur les cours d'eau des Nations Unies. Ces deux instruments sont fondés sur les mêmes principes. Ils sont complémentaires et devraient être mis en œuvre de façon cohérente ».

Je tiens à remercier le professeur Attila Tanzi, président en exercice du Comité d'application de la Convention sur l'eau, d'avoir entrepris la rédaction de la présente analyse, ainsi que les nombreuses autres personnes qui y ont généreusement contribué.

J'ai l'espoir que cette publication aidera les législateurs, les juristes, les décideurs et les autorités à mieux comprendre les perspectives que ces deux traités offrent en matière de renforcement de la coopération transfrontière dans le domaine de l'eau, de la paix et de la sécurité.



Christian Friis Bach
Secrétaire exécutif
Commission économique
pour l'Europe

Principaux traités et instruments non contraignants

Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux de la Commission économique pour l'Europe (1992)

Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (1997)

Protocole sur l'eau et la santé de la Commission économique pour l'Europe et du Bureau régional de l'Europe de l'Organisation mondiale de la Santé (1999)

Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières de la Commission économique pour l'Europe (2003)

Amendements aux articles 25 et 26 de la Convention (2003) permettant à tous les États Membres des Nations Unies d'adhérer à la Convention sur l'eau

Dispositions types pour la gestion transfrontière des crues (2006)

Dispositions types sur les eaux souterraines transfrontières (2012)

Table des matières

	Page
Avant-propos	3
Préface.....	5
Principaux traités et instruments non contraignants.....	6
1. Introduction.....	11
2. La logique et les principes fondamentaux du processus de formation du droit international de l'eau ancrés dans les deux Conventions.....	13
2.1. Associer la logique économique initiale du processus de formation du droit international aux préoccupations environnementales	16
2.1.1. Les préoccupations économiques et environnementales dans les deux Conventions.....	17
2.1.2. Les préoccupations environnementales dans la Convention sur l'eau.....	17
2.1.3. Les préoccupations environnementales dans la Convention sur les cours d'eau.....	19
3. Le champ d'application physique des Conventions.....	22
3.1. La Convention sur l'eau	22
3.2. La Convention sur les cours d'eau	23
3.3. Les eaux souterraines.....	25
3.3.1. Le projet d'articles de la Commission du droit international sur les aquifères transfrontières (2008) et les Dispositions types sur les eaux souterraines transfrontières de la Commission économique pour l'Europe (2012).....	27
4. Les principes de fond.....	29
4.1. L'obligation de prévenir les impacts transfrontières et les dommages significatifs	30
4.1.1. Le type de dommage et le « seuil d'importance » relevant de l'obligation de prévention.....	31
4.1.2. Le régime des conséquences juridiques d'un impact transfrontière, de dommages significatifs ou d'une utilisation inéquitable.....	33
4.1.3. L'indemnisation comme conséquence de la survenue de dommages et facteur de l'évaluation de l'utilisation équitable.....	35
4.1.3.1. L'indemnisation et le principe du « pollueur-payeur »	38

4.2. Le droit à l'égalité d'accès à des recours nationaux et la tendance à l'internalisation de la responsabilité : le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, adopté en 2003 par la Commission économique pour l'Europe	40
4.3. Le principe d'utilisation et de participation équitables et raisonnables.....	42
4.3.1. La Convention sur l'eau	43
4.3.2. La Convention sur les cours d'eau.....	44
4.3.2.1. Le principe général d'utilisation équitable (paragraphe 1 de l'article 5).....	46
4.3.2.2. Le principe de participation équitable (paragraphe 2 de l'article 5)	49
4.3.2.3. Facteurs pertinents pour évaluer l'utilisation équitable (article 6)..	51
4.3.2.4. Le rapport entre les utilisations (article 10)	56
4.4. Responsabilité de l'État.....	57
5. Coopération	61
5.1. Coopération institutionnelle.....	62
5.2. Échange de données et d'informations	65
5.3. Procédures de notification des mesures projetées.....	67
5.3.1. Évaluations de l'impact sur l'environnement.....	68
5.3.2. Notification sur demande.....	70
5.3.3. Désaccord sur l'effet potentiel des mesures projetées.....	70
6. Les deux Conventions revêtent-elles une dimension des droits de l'homme?	73
6.1. Observations générales sur le droit international de l'eau et la dimension des droits de l'homme.....	73
6.2. La Convention sur les cours d'eau	74
6.3. Le processus de formation du droit de l'eau de la Commission économique pour l'Europe et le Protocole sur l'eau et la santé de 1999	75
7. Prévention et règlement des différends.....	77
8. Les relations entre les deux Conventions et avec d'autres sources du droit international	81
8.1. Du point de vue du droit conventionnel	81
8.1.1. Une méthode d'interprétation constructive des règles mutuellement complémentaires des deux Conventions.....	81

8.1.2.	Garanties en cas de règles contradictoires	83
8.1.2.1.	Les relations entre les deux Conventions.....	83
8.1.3.	Les relations des deux Conventions entre elles et avec d'autres accords de cours d'eau.....	84
8.1.3.1.	Accords préexistants.....	84
8.1.3.2.	Accords futurs	85
8.2.	Du point de vue du processus de formation du droit coutumier.....	87
9.	Observations finales et perspectives pour l'avenir	91

1. Introduction

« On s'accorde généralement à considérer que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles »¹.

Telle est la principale conclusion à laquelle est parvenue en 2006 la Commission du droit international sur le sujet de la fragmentation du droit international, qui occupe juristes et diplomates depuis plusieurs années en raison de l'expansion considérable du droit international, notamment du fait de l'augmentation du nombre de traités portant sur des sujets identiques.

Ainsi que la présente publication entend le démontrer, le champ d'application de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux de la Commission économique pour l'Europe de 1992 (ci-après dénommée « Convention sur l'eau ») et celui de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation des Nations Unies de 1997 (ci-après dénommée « Convention sur les cours d'eau ») portent sur le même sujet. Compte tenu du principe susmentionné, appelé par la Commission « principe de l'harmonisation »², l'objet de la présente étude est donc d'évaluer « la mesure possible » d'une interprétation et d'une application de ces deux Conventions au vu de la compatibilité de leurs dispositions respectives.

Selon la Commission, le rapport entre des règles internationales ayant trait au même sujet peut relever du conflit ou de l'interprétation. Le conflit surgit « lorsque deux normes à la fois valables et applicables mènent à des décisions incompatibles, si bien qu'il faut opérer un choix entre ces normes »³, alors que l'interprétation prévaut « lorsqu'une norme aide à l'interprétation d'une autre ... si elle sert par exemple à appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier cette dernière. Dans une telle situation, les deux normes sont appliquées conjointement »⁴. Faisant suite à une précédente étude du même auteur⁵, la présente analyse comparative des deux Conventions entend démontrer qu'elles peuvent être interprétées et appliquées conformément au principe de l'harmonisation « de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles »⁶.

En règle générale, lorsqu'une évaluation confirme l'applicabilité du principe de l'harmonisation aux règles relevant de différents organes de droit international, le principe s'applique à trois niveaux : le rapport entre les règles conventionnelles, le rapport entre les règles conventionnelles et les règles coutumières et le rapport entre les règles coutumières. La présente étude s'attachera tout d'abord à comparer les dispositions des deux instruments compte tenu de l'entrée en vigueur de la Convention sur les cours d'eau⁷ et des amendements aux articles 25 et 26 de la Convention sur l'eau, qui ont permis à des pays à l'extérieur de la région de la Commission économique pour l'Europe d'adhérer à cette Convention⁸. Cette dernière évolution a rendu le sujet encore plus pertinent que lorsque la Convention sur l'eau était un instrument à vocation exclusivement régionale, l'analyse portant désormais sur deux instruments de portée mondiale.

Les deuxième et troisième niveaux du principe de l'harmonisation s'appliquent, car la plupart des dispositions des deux Conventions ont valeur probante et relèvent du droit coutumier. La présente analyse portera donc en priorité sur la compatibilité de leurs dispositions respectives, afin de démontrer non seulement la possibilité d'une application harmonisée, mais également en quoi elles contribuent de façon réciproque à la consolidation et à l'élaboration progressive du droit coutumier dans ce domaine. L'aspect comparatif de la présente analyse sera ainsi complété par une perspective fonctionnelle, dans la mesure où chaque interprétation et application spécifiques de l'une ou l'autre Convention relèvera inévitablement d'une

¹ Paragraphe 4 des conclusions des travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, dans le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session (A/61/10), par. 251.

² Ibid.

³ Voir *supra*, note 1, par. 2.

⁴ Ibid.

⁵ A. Tanzi, « Regional Integration and the Protection of the Environment : the UN/ECE Process on Water Law », *Italian Yearbook of International Law*, vol. 10, 2000, p. 105 à 107.

⁶ Voir *supra*, note 1, par. 4.

⁷ À la date de rédaction du présent document, 35 États avaient ratifié la Convention sur les cours d'eau, entrée en vigueur le 17 août 2014.

⁸ ECE/MP.WAT/14. Les amendements sont entrés en vigueur le 13 février 2013.

interprétation et d'une application du droit international coutumier de l'eau. Une interprétation concordante des dispositions des deux Conventions confortera la fonction d'orientation pratique et normative du droit international de l'eau dans son ensemble.

L'applicabilité du principe de l'harmonisation sera évaluée à l'aune des dispositions générales du droit conventionnel se rapportant tant au sujet qu'à la comparaison des dispositions de fond des deux Conventions. Toutefois, il convient de souligner d'emblée que cette évaluation repose sur une hypothèse générale de compatibilité, fondée sur la volonté des États parties aux deux Conventions. D'une part, le paragraphe 9 du préambule de la Convention sur les cours d'eau rappelle expressément « les accords bilatéraux et multilatéraux régissant les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation », la Convention sur l'eau étant l'accord multilatéral en vigueur le plus contraignant dans le domaine. D'autre part, la déclaration finale de la deuxième session de la Réunion des Parties à la Convention sur l'eau, tenue à La Haye en 2000, renvoie solennellement à la relation entre les deux Conventions, en « soulign[ant] la complémentarité de ces instruments dans le renforcement de la législation mondiale applicable à l'eau »⁹.

La présente analyse s'intéressera en premier lieu aux principes essentiels du discours du droit international de l'eau tel qu'il a été consolidé par les deux Conventions, puis à leurs champs d'application respectifs *ratione materiae* et *ratione personae*. Les évaluations qui s'ensuivront seront réalisées dans le cadre du droit conventionnel et du droit coutumier afin de tirer le meilleur parti de la fonction d'orientation pratique des deux instruments pour le comportement des États riverains dans leurs relations réciproques et en ce qu'elles ont trait à un cours d'eau transfrontière. Cette fonction est double par nature : le cadre réglementaire des deux Conventions exige à la fois l'adoption de mesures législatives et administratives nationales relatives à l'utilisation, à la protection et à la préservation des cours d'eau et la négociation de nouveaux accords relatifs aux cours d'eau dans l'optique d'un renforcement de la coopération autour de certains cours d'eau internationaux.

L'étude portera ensuite sur les principales règles matérielles et procédurales établies par les deux Conventions, à savoir le principe d'utilisation équitable et l'obligation de ne pas causer de dommage, ainsi que l'obligation générale de coopération, élément déclencheur de l'interprétation et de l'application individuelles de ces règles matérielles. Les conséquences juridiques de la survenue de dommages transfrontières seront abordées dans le cadre de la responsabilité de l'État pour fait licite¹⁰ et pour fait internationalement illicite¹¹. S'agissant des faits licites, l'indemnisation sera mise en avant comme élément décisif dans le cadre d'une justice distributive.

S'ensuivra un bref comparatif entre les approches respectives des deux Conventions en matière de règlement des différends, ainsi qu'un examen du rapport entre le règlement, la prévention et la gestion des différends, notamment dans le cadre du Comité d'application de la Convention sur l'eau, récemment mis en place¹².

Enfin, la question des perspectives d'institutionnalisation de la Convention sur les cours d'eau, malgré l'absence de dispositions à cet effet dans la Convention, sera examinée, notamment en relation avec le cadre institutionnel existant et consolidé de la Convention sur l'eau.

S'agissant de la nature et de l'objet de la présente étude, rappelons que malgré sa démarche comparative, ou plutôt sur le fondement des conclusions de son analyse comparative, elle constitue également une occasion de présenter le droit international coutumier de l'eau comme un ensemble harmonieux, composé d'éléments en synergie.

⁹ Déclaration du Palais de la Paix (ECE/MP/WAT/5, annexe I), par. 9.

¹⁰ Voir A. Tanzi, « Liability for Lawful Acts », in R. Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (ci-après « *Max Planck Encyclopedia* »), vol. VI, 2012, p. 837 à 845.

¹¹ Voir J.R. Crawford, « State Responsibility », in R. Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia* (*supra*, note 10), vol. IX, p. 517 à 533; J.R. Crawford, A. Pellet, S. Olleson, *The Law of International Responsibility* (Oxford-New York, Oxford University Press, 2010); R. Provost, *State Responsibility in International Law* (Dartmouth, Routledge, 2002). Sur la notion de responsabilité de l'État dans le contexte particulier des dommages transfrontières, voir par exemple P.N. Okowa, *State responsibility for transboundary air pollution in international law* (Oxford, Oxford University Press, 2000).

¹² Le Comité d'application a été créé par la décision VI/1 (« Appui à l'application et au respect de la Convention »), adoptée à la sixième session de la Réunion des Parties à la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (ECE/MP/WAT/37/Add.2).

2. La logique et les principes fondamentaux du processus de formation du droit international de l'eau ancrés dans les deux Conventions

D'emblée, le processus de formation du droit international de l'eau s'est caractérisé par une limitation progressive, qui a profité à l'ensemble des pays concernés, des revendications de souveraineté absolue sur les eaux transfrontières s'agissant des eaux situées sur le territoire d'un État ou le traversant¹³.

Ces revendications étaient fondées sur la théorie de la souveraineté territoriale absolue, également appelée « doctrine Harmon »¹⁴, ou sur la théorie de l'intégrité territoriale absolue, selon la position géographique d'un État riverain donné par rapport à un cours d'eau international en particulier¹⁵. Ainsi, selon la doctrine Harmon, les États d'amont revendiquaient une liberté absolue d'utilisation des eaux transfrontières, sans tenir compte des effets de leurs activités sur les États situés en aval, qui se fondaient, eux, sur la théorie de l'intégrité territoriale absolue pour exiger un écoulement naturel et intact des eaux en provenance des États d'amont.

Les difficultés inhérentes à ces revendications absolues se sont rapidement fait jour : en mettant en exergue les différences naturelles et physiques entre États riverains, elles vont à l'encontre du principe même d'égalité souveraine des États et conduisent à des injustices manifestes¹⁶. En outre, l'incompatibilité entre ces doctrines absolues ne pouvait que conduire à exacerber la rivalité entre les États concernés autour des ressources naturelles partagées en question. Compte tenu de leurs répercussions désastreuses, les théories de la souveraineté territoriale absolue et de l'intégrité territoriale absolue ont toutes deux, et à juste titre, été qualifiées d'« anarchiques et préjudiciables »¹⁷. Il n'est donc pas étonnant que nombre des États ayant invoqué les arguments de la souveraineté absolue dans les premiers stades de différends relatifs à des cours d'eau transfrontières aient fini par les abandonner au profit de thèses plus modérées. Le célèbre différend entre le Mexique et les États-Unis d'Amérique concernant le Rio Grande, datant de 1895, en est un exemple. Alors que la doctrine Harmon était formulée et invoquée pour la première fois par le Gouvernement américain et que le Mexique maintenait ses revendications d'intégrité territoriale absolue, le différend fut finalement réglé onze ans plus tard lorsque les deux pays convinrent de revoir à la baisse leurs revendications par la conclusion en 1906 d'un traité reconnaissant les droits respectifs des deux parties à l'utilisation équitable des eaux du Rio Grande¹⁸.

La théorie de la souveraineté territoriale restreinte est issue d'une analyse métajuridique et factuelle menée à l'aide de différentes méthodologies, parmi lesquelles la théorie des relations internationales, la théorie du jeu, la théorie juridique du contrat et l'analyse juridique économique, avec l'idée qu'une utilisation et une gestion collectives et concertées des cours d'eau transfrontières par la coopération entre les États coriverains sont la clé d'une utilisation optimale par toutes les parties concernées et, d'un point de vue utilitaire, préférables

¹³ Dans son introduction à un ouvrage collectif sur le droit des bassins hydrographiques internationaux, Cecil J. Olmstead soutient que la fonction essentielle du droit international général dans le domaine des cours d'eau transfrontières est d'« imposer des limites à la conduite d'un État en ce qu'elle a une incidence sur les intérêts d'un autre État du bassin dans le cours d'eau ou le bassin hydrographique international concerné » (C.J. Olmstead, « Introduction », in A.H. Garretson et al. (dir.), *The Law of International Drainage Basins* (Dobbs Ferry, New York, Oceana Publications, 1967), p. 2).

¹⁴ Le passage important de l'opinion du Procureur général Harmon, faisant référence au différend entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique concernant l'utilisation du Rio Grande se lit comme suit : « Le cas de l'espèce est original... [L]a question doit être tranchée uniquement à titre d'orientation, car je suis d'avis que les règles, les principes et les précédents de droit international n'imposent aucune responsabilité ou obligation aux États-Unis », reproduit dans J.B. Moore et F. Wharton (dir.), *A Digest of International Law*, (Washington, D.C., U.S. Government Printing Office, 1906), p. 654. Pour une étude récente et approfondie de la doctrine Harmon, voir S.C. McCaffrey, « The Harmon Doctrine one hundred years later : Buried, not praised », *Natural Resources Journal*, vol. 36, 1996, p. 549 à 590.

¹⁵ Pour une description complète et une discussion critique de ces deux théories, voir F.J. Berber, *Rivers in International Law* (London, Stevens, 1959), p. 11 à 22. Voir également J. Barberis, *Los recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho Internacional* (Madrid, Tecnos, 1979), p. 16 à 20; L. Cafilisch et G. Ivanovič Tunkin, *Règles générales du droit des cours d'eau internationaux* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992), p. 48 à 54; A. Tanzi et M. Arcari, *The New York Convention on International Watercourses. A Framework for Sharing* (Londres, Kluwer Law International, 2001), p. 11 à 22 et S.C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses*, 2^e éd. (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 112 à 147.

¹⁶ Voir E. Jiménez de Aréchaga, *International Law in the Past Third of the Century* (Alphen-sur-le-Rhin (Pays-Bas), Sijthoff et Noordhoff, 1978), p. 192.

¹⁷ H.A. Smith, *The Economic Uses of International Rivers* (Londres, P.S. King and Son, 1931), p. 144. Voir également *supra*, note 16, p. 192.

¹⁸ Convention entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique réglant la répartition équitable des eaux du rio Grande, signée le 21 mai 1906, consultable en anglais sur Internet à l'adresse www.ibwc.state.gov/Files/1906Conv.pdf.

à l'unilatéralisme¹⁹. Elle s'est traduite en droit international par la notion de « communauté d'intérêts » qui, comme nous le verrons ultérieurement, est admise depuis longtemps comme le fondement des principes essentiels régissant le droit international de l'eau²⁰.

L'émergence et la consolidation de ce concept en droit international et dans les milieux diplomatiques sont étroitement liées aux évolutions annexes au principe de souveraineté, comme en témoignent plusieurs décisions rendues par des juridictions nationales ou internationales²¹ dont la portée ne se limitait pas à l'utilisation des eaux transfrontières. En effet, ces décisions ont toutes établi la nature double du pouvoir de l'État sur son territoire, qui s'accompagne de droits, mais également de devoirs²². L'obligation pour l'État d'exercer une autorité exclusive sur son territoire et de respecter en même temps la souveraineté d'autres États en s'abstenant de commettre des actes risquant d'entraîner des dommages significatifs à leur territoire (*sic utere tuo ut alienum non laedas*), est particulièrement pertinente dans le cadre de la présente analyse²³.

Ce concept a été associé au principe de l'égalité souveraine des États²⁴ qui, appliqué au domaine des eaux douces transfrontières, signifie que tous les États concernés jouissent dans leurs territoires respectifs de droits égaux d'utilisation de ces eaux. Ainsi, le droit d'utilisation dont jouit chaque État doit respecter le droit corrélatif d'utilisation équitable dont jouissent le ou les États riverains et être appliqué de façon concertée avec celui-ci. Dans la décision historique qu'elle a rendue dans l'affaire de l'Oder, la Cour permanente de Justice internationale a précisé ce concept dans les termes suivants :

Cette communauté d'intérêts sur un cours d'eau navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres²⁵.

¹⁹ Voir E. Benvenisti, « Collective Action in the Utilization of Shared Freshwater : The Challenges of International Water Resources Law », *American Journal of International Law*, vol. 90, 1996, p. 384 à 415.

²⁰ Pour une discussion approfondie de la souveraineté territoriale limitée appliquée à l'utilisation des cours d'eau transfrontières et de la jurisprudence correspondante, voir J. Lipper, « Equitable Utilization », in A.H. Garretson et al. (dir.), *supra*, note 13, p. 23 à 38; S.C. McCaffrey, « Deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation » (1986), *Annuaire de la Commission du droit international* (ci-après « *Annuaire ...* ») 1986, vol. II (première partie), p. 89 à 148; *ibid.*, *supra*, note 15, p. 149–171. Voir également F.J. Berber, *supra*, note 15, p. 25 à 40; et L. Caflich et G. Ivanović Tunkin, *supra*, note 15, p. 55 à 59.

²¹ Le principe de l'égalité des droits entre riverains associé au principe d'utilisation équitable a été invoqué à plusieurs reprises par la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, notamment dans les affaires *Kansas v. Colorado*, 206 U.S. 46, 97 (1907); *Connecticut v. Massachusetts*, 282 U.S. 660, 670–671 (1931); et *New York v. New Jersey*, 283 U.S. 336, 342 (1931). Voir également l'affaire *Société énergie électrique du littoral méditerranéen v. Compagnia imprese elettriche liguri*, dans laquelle la Cour italienne de cassation a jugé que « le droit international reconnaît le droit, pour chaque État riverain, de jouir, en tant que participant au type de partenariat créé par le fleuve, de tous les avantages qui en découlent afin de garantir le bien-être et le développement économique et civil de la nation » (*International Law Reports : Annual Digest of Public International Law Cases, 1938–1940*, vol. 9, 1942, p. 120 à 123).

²² « La souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire, les droits des autres États [...] La souveraineté territoriale ne peut se limiter à son aspect négatif, c'est-à-dire au fait d'exclure les activités des autres États » (*Affaire de l'île de Palmas* (Pays-Bas c. États-Unis d'Amérique), 3 janvier 1925, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 839).

²³ En l'affaire du *Détroit de Corfou* (*Royaume-Uni c. Albanie*), la Cour internationale de Justice (ci-après, « la Cour ») a fait référence à « l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États » (*Affaire du Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 22). Voir également l'affaire de la *Fonderie de Trail* (États-Unis d'Amérique c. Canada), dans laquelle le Tribunal arbitral a dit que « selon les principes du droit international, [...] aucun État n'a le droit de faire usage de son territoire ou de permettre qu'il en soit fait usage d'une manière telle qu'un dommage soit causé, par l'émission de fumées, au territoire ou à l'intérieur du territoire d'un autre État ou encore aux biens ou personnes s'y trouvant, quand l'affaire a des graves conséquences et que la preuve du dommage a été faite de manière claire et convaincante » (*Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1965). Plus récemment, la Cour a jugé que « 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 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, p. 242). Le principe d'utilisation non dommageable du territoire d'un État est également consacré par le Principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (« Déclaration de Stockholm ») (A/Conf.49/14/Rev.1, reproduite en anglais dans *International Legal Materials*, vol. 11, 1972, p. 1416 à 1469, à la p. 1420) et par le Principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, reproduite en anglais dans *International Legal Materials*, vol. 31, 1992, p. 876.

²⁴ Voir, en général, A. Tanzi, « Remarks on Sovereignty in the Evolving Constitutional Features of the International Community », in M.H. Arsanjani et W. Michael Reisman (dir.), *Looking to the Future : Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden et Boston, Martinus Nijhoff, 2011, p. 299 à 322.

²⁵ *Affaire de la Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (*Royaume-Uni, Tchécoslovaquie, Danemark, France, Allemagne et Suède c. Pologne*), Cour permanente de Justice internationale, arrêt du 10 septembre 1929, *Publications de la Cour permanente de Justice internationale, Série A, n° 23*, par. 14.

Plus récemment, dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice (ci-après, « la Cour ») a fait référence au passage précité, déclarant ce qui suit :

Le développement moderne du droit international a renforcé ce principe [de la communauté d'intérêts sur un cours d'eau navigable entre tous les États riverains] également pour les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, comme en témoigne l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 21 mai 1997, de la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation²⁶.

Dans un raisonnement analogue, en 1957, dans l'affaire du *Lac Lanoux* opposant la France et l'Espagne, le Tribunal arbitral avait souligné que :

... l'État d'amont a, d'après les règles de la bonne foi, l'obligation de prendre en considération les différents intérêts en présence, de chercher à leur donner toutes les satisfactions compatibles avec la poursuite de ses propres intérêts et de montrer qu'il a, à ce sujet, un souci réel de concilier les intérêts de l'autre riverain avec les siens propres²⁷.

Il ressort des citations précédentes que les principes essentiels du droit international de l'eau ne font qu'adapter et appliquer aux revendications concurrentes sur les eaux transfrontières les principes constitutionnels internationaux d'égalité souveraine²⁸ et de bonne foi²⁹ ou, dans ce contexte, les principes d'absence d'abus de droits et de bon voisinage. Selon la première doctrine, « un État ne peut exercer un droit [...] d'une manière qui empêche d'autres États de jouir de leurs propres droits »³⁰. Le principe général de bon voisinage présente le même objectif puisque, ainsi que l'a affirmé le Tribunal fédéral suisse au début du vingtième siècle, « le principe du droit du voisinage tient au fait que l'exercice de ses propres droits ne doit pas être préjudiciable aux droits de ses voisins »³¹.

Ce sont sur ces fondements conceptuels qu'ont émergé les trois règles essentielles du droit des eaux douces internationales, telles que codifiées dans des instruments intergouvernementaux et non gouvernementaux rédigés sous l'égide de l'Association de droit international³², de la Commission économique pour l'Europe et de la Commission : l'obligation pour chaque État de ne pas causer de dommages significatifs aux autres États riverains du fait de l'utilisation d'un cours d'eau international, le principe autorisant et obligeant chaque État à faire une utilisation équitable et raisonnable des eaux transfrontières, et l'obligation générale de coopération entre États partageant des cours d'eau en tant que moyen de mise en œuvre effective des règles et principes de fond précités.

Les deux Conventions constituent la codification et la formulation les plus fiables de ces principes essentiels du droit international de l'eau contemporain.

²⁶ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 56.

²⁷ *Affaire du Lac Lanoux (Espagne c. France)*, 16 novembre 1957. Texte original en français dans *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII; traduit en anglais dans *International Law Reports*, vol. 24 (1961), par. 22.

²⁸ Voir A. Tanzi, *supra*, note 24.

²⁹ Sur la bonne foi en tant que principe constitutionnel dans le système juridique international, voir R. Kolb, *La bonne foi en droit international public : contribution à l'étude des principes généraux de droit* (Paris, Presses Universitaires de France, 2000); voir également M. Kotzur, « Good Faith (Bona fides) », *Max Planck Encyclopedia* (*supra*, note 10), vol. IV, p. 508 à 516.

³⁰ A. Kiss, « Abuse of Rights », *Max Planck Encyclopedia* (*supra*, note 10), vol. I, p. 20 à 26. Pour une reconstruction très documentée du rapport entre les principes de bonne foi, de bon voisinage et d'utilisation et de participation équitables, voir L. Caflisch, *supra*, note 15, p. 135.

³¹ D'après la traduction anglaise de l'arrêt *Soleure c. Argovie* opposant deux cantons suisses (1900) figurant dans Dietrich Schindler, « The Administration of Justice in the Swiss Federal Court in Intercantonal Disputes », *American Journal of International Law*, vol. 15 (1921), p. 172 à 173.

³² Sur l'Association de droit international et sa contribution à la promotion et à la consolidation du droit international de l'eau, voir C.B. Bourne, « The International Law Association's Contribution to International Water Resources Law », *Natural Resources Journal*, vol. 36 (1996), p. 155 à 216; et S.C. McCaffrey, *supra*, note 15, p. 492 à 494. Sur la contribution des organisations non gouvernementales, et en particulier de l'Association de droit international, à la codification du droit international de l'eau, voir A. Tanzi et M. Arcari, *supra*, note 15, p. 32 à 34.

2.1 Associer la logique économique initiale du processus de formation du droit international aux préoccupations environnementales

Historiquement, le droit international de l'eau a régi les questions purement économiques s'exprimant par la voie de revendications concurrentes d'États riverains concernant la répartition de la quantité d'eau transportée par un cours d'eau international, sans tenir compte des problèmes de qualité de l'eau : « [d]e puis des millénaires, les populations se sont servi de l'eau comme d'un dépotoir pratique pour y jeter leurs déchets »³³.

Les recherches scientifiques menées à la fin du vingtième siècle ont démontré que les utilisations des cours d'eau pouvaient contribuer à certains processus relatifs à d'autres éléments naturels, tels que la dégradation des sols et la désertification³⁴, la déforestation³⁵ et les changements climatiques³⁶, et également en pâtir.

Ainsi que nous l'illustrerons ultérieurement de façon plus détaillée, les deux Conventions ont modernisé le droit international de l'eau en y intégrant, de différentes façons et à différents degrés, certaines des principales évolutions du droit de l'environnement avant la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement de 1992 (ci-après, la « Conférence de Rio »), en particulier s'agissant du principe du développement durable et de ses conséquences³⁷.

Ce principe exprime l'interdépendance des préoccupations environnementales et des objectifs économiques, plutôt que leur opposition³⁸. À titre d'exemple, l'utilisation non durable d'un cours d'eau sur le plan environnemental le deviendra également sur le plan économique³⁹. Comme l'a indiqué la Cour en l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* :

« [D]e nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des États envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de développement durable traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement⁴⁰.

Cette démarche suppose donc d'amalgamer droit international de l'environnement et droit international économique, quand bien même ce dernier se fonderait sur un traité bilatéral ou une autre source de droit international. Dans son commentaire sur ce passage, Stephen McCaffrey souligne l'importance de la reconnaissance par la Cour d'« un impératif environnemental si fort qu'il exige la prise en compte de nouvelles règles et normes [environnementales] ... à défaut, le développement économique ne serait pas durable »⁴¹.

³³ Inventaire exhaustif des ressources mondiales en eau douce : rapport du Secrétaire général, 4 février 1997 (E/CN.17/1997/9), par. 51.

³⁴ Voir P.H. Gleick (dir.), *Water in Crisis : A Guide to the World's Fresh Water Resources* (Oxford et New York, Oxford University Press, 1993), en particulier, p. 273 à 274. Voir également *supra*, note 33, par. 67 à 68.

³⁵ Pour une discussion du rapport entre cours d'eau et forêts, voir N. Bankes, « International Watercourse Law and Forests », in Conseil canadien de droit international, *Global Forests and International Environmental Law* (Londres, La Haye et Boston, 1996), p. 137 à 144.

³⁶ Voir G. Goldenman, « Adapting to Climate Change : A Study of International Rivers and Their Legal Arrangements », *Ecology Law Quarterly*, vol. 17 (1990), p. 743 à 748; et P.H. Gleick (*supra*, note 34), p. 106 à 108.

³⁷ Sur l'évolution générale du droit international de l'eau vers une meilleure prise en compte des préoccupations environnementales, voir O. McIntyre, *Environmental Protection of International Watercourses under International Law* (Farnham (Royaume-Uni), Ashgate Publishing, 2007), p. 198 à 221. Voir également J.G. Lammers, *Pollution of International Watercourses : Search for Substantive Rules and Principles of Law* (La Haye et Boston, Martinus Nijhoff, 1984); A. Nollkaemper, *The Regime for Transboundary Water Pollution : Between Discretion and Constraint* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993); A. Tanzi, *supra*, note 15, p. 246 à 270; S.C. McCaffrey, *supra*, note 15, p. 448 à 453; S.E. Draper et J.E. Kundell, « Impact of Climate Change on Transboundary Water Sharing », *Journal of Water Resources Planning and Management*, vol. 133, 2007, p. 405 à 415.

³⁸ Sur le principe du développement durable appliqué au droit international de l'eau, voir X. Fuentes, « Sustainable Development and the Equitable Utilization of International Watercourses », *British Yearbook of International Law*, vol. 69, 1998, p. 119 à 200. Voir également A. Rieu-Clarke, *International Law and Sustainable Development : Lessons from the Law of International Watercourses* (Londres, International Water Association Publishing, 2006); et O. McIntyre, *supra*, note 37, p. 363.

³⁹ « Les écosystèmes d'eau douce ne font pas simplement partie de l'environnement, mais également de nos économies. L'avenir du bien-être de l'humanité est désormais tributaire de la foi que nous avons en eux » (J.N. Abramovitz, « Sustaining Freshwater Ecosystems », in L.R. Brown *et al.* (dir.), *State of the World 1996* (New York, Norton, 1996), p. 77).

⁴⁰ Voir *supra*, note 26, par. 140.

⁴¹ Voir S.C. McCaffrey, *supra*, note 15, p. 382.

Cette approche intégrant préoccupations économiques et environnementales a été ultérieurement confirmée par la Cour en 2010, s'agissant du principe d'utilisation équitable, dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* :

La Cour considère que, pour parvenir à une utilisation rationnelle et optimale, un équilibre doit être trouvé entre, d'une part, les droits et les besoins des Parties concernant l'utilisation du fleuve à des fins économiques et commerciales et, d'autre part, l'obligation de protéger celui-ci de tout dommage à l'environnement susceptible d'être causé par de telles activités⁴².

Outre les considérations de politique juridique et économique, l'interdépendance des facteurs environnementaux et économiques concernant l'utilisation d'un cours d'eau est aussi fonction de la quantité et de la qualité de l'eau qu'il transporte. Une utilisation entraînant une réduction importante du débit aura inévitablement des répercussions sur la qualité de l'eau en diminuant la capacité du cours d'eau à s'autopurifier. Inversement, une pollution importante d'un cours d'eau entraîne une réduction des quantités d'eau disponibles, qui auraient pu être employées à des utilisations capitales, même en l'absence de conséquences sur le débit. Ainsi, l'utilisation de l'eau à des fins agricoles ou de loisirs est empêchée, réduite ou rendue beaucoup plus onéreuse lorsqu'une autre utilisation, à des fins industrielles par exemple, entraîne une pollution importante de l'eau. C'est d'autant plus vrai s'agissant des utilisations correspondant à des besoins humains essentiels, tels que l'eau potable, qui sont prioritaires lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère équitable et raisonnable d'une utilisation donnée, comme nous le verrons ci-après. Cet argument était déjà avancé par la doctrine il y a plus de trente ans⁴³.

2.1.1 Les préoccupations économiques et les préoccupations environnementales dans les deux Conventions

Compte tenu de ces considérations générales, il importe d'évaluer comment chacune des deux Conventions a incorporé les préoccupations environnementales dans le processus de formation du droit international de l'eau initialement axé sur des considérations économiques et quantitatives. Il est parfois avancé que la Convention sur l'eau porte principalement sur la qualité de l'eau, alors que la Convention sur les cours d'eau s'intéresse davantage à sa répartition. Toutefois, on peut également soutenir que la différence entre les deux Conventions n'est qu'une simple question de priorité ou de rédaction. Cette position est confortée non seulement par l'analyse plus détaillée du champ d'application des deux Conventions présentée plus loin, mais aussi par l'interdépendance physique, déjà évoquée, entre les questions de quantité et celles de qualité de l'eau⁴⁴. Par conséquent, d'un point de vue strictement juridique, toute réglementation concernant l'un de ces aspects aura inévitablement des conséquences sur l'autre.

2.1.2 Les préoccupations environnementales dans la Convention sur l'eau

Depuis les années 60, la Commission économique pour l'Europe se trouve à l'avant-garde de la campagne en faveur d'une réorientation de la réglementation internationale des cours d'eau transfrontières, traditionnellement axée sur la répartition équitable, vers une approche intégrée de la gestion et de la protection de l'eau à l'échelle transfrontière et nationale prenant également en compte le rapport entre l'eau et les autres constituants des écosystèmes des cours d'eau, à savoir la végétation, les zones humides et espèces sauvages associées, et les habitats, rencontrés dans les pays riverains. Dans les années 70 et 80, cette approche s'est manifestée dans plusieurs déclarations et recommandations de la Commission relatives aux

⁴² *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2010, par. 175.

⁴³ Voir G. Gaja, « River Pollution in International Law », in Académie de droit international de La Haye, *La protection de l'environnement et le droit international*, colloque 1973, Leiden et Boston, Brill et Martinus Nijhoff, 1975, p. 371 et 377 et suiv.; plus récemment, Jutta Brunnée et Stephen J. Toope ont fait observer que « [...] la distinction même entre quantité d'eau et qualité de l'eau, qui sous-tend la majorité de l'analyse actuelle des conflits présente un intérêt limité pour un modèle de sécurité environnementale visant à préserver l'équilibre écologique et à favoriser un développement humain durable. On peut soutenir que, même dans le cadre traditionnel des conflits, le caractère illustratif de cette distinction n'est pas évident. Les conflits liés à des problèmes de quantité d'eau et ceux liés à la dégradation de la qualité de l'eau peuvent en réalité conduire à des comportements similaires de la part des États, puisque dans les deux cas, l'accès à une eau utilisable devient contraint » (J. Brunnée et S. J. Toope, « Environmental Security and Freshwater Resources: A Case for International Ecosystem Law », vol. 5, *Yearbook of International Environmental Law*, 1994, p. 47). Voir également J.G. Lammers, *supra*, note 37.

⁴⁴ Voir *supra*, section 2.1.

cours d'eau qui, adoptant une perspective géographique, avaient un champ d'application déterminé non plus par les seules frontières politiques ou juridictionnelles, mais principalement par les limites des écosystèmes⁴⁵.

Depuis la fin des années 80, anticipant les effets qu'aurait à l'échelle internationale la Conférence de Rio de 1992, la Commission économique pour l'Europe considère de plus l'environnement et le développement comme les deux faces d'une même médaille. Depuis 1987, ses recommandations et lignes directrices stratégiques portent d'ailleurs principalement sur la gestion durable de l'eau et la protection de l'environnement contre la pollution due à des sources ponctuelles ou diffuses. Telle est la logique qui a présidé à la rédaction de la Charte pour la gestion des eaux souterraines de 1989⁴⁶ et du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières⁴⁷.

S'inspirant des instruments précités, pourtant non contraignants sur le plan juridique, et du consensus semblant se dégager au sein des pays membres de la Commission économique pour l'Europe selon lequel ces instruments étaient susceptibles de constituer un cadre fiable pour leurs politiques individuelles et communes dans le domaine de l'eau, la Convention sur l'eau a été adoptée le 17 mars 1992 et est entrée en vigueur le 6 octobre 1996. Dans le prolongement de ce qui précède, et s'agissant des accords environnementaux de façon plus générale, l'obligation de prévenir, de maîtriser et de réduire les impacts transfrontières est un élément évident de la Convention⁴⁸. D'une part, ainsi que nous le verrons ultérieurement, cette obligation générale a été codifiée à juste titre comme l'un des éléments constitutifs du principe d'utilisation équitable, et d'autre part, sa codification a été soigneusement menée pour la concilier avec l'approche écosystémique⁴⁹ et les principes de précaution⁵⁰, du pollueur-payeur⁵¹ et du développement durable⁵². Afin de compléter

⁴⁵ Voir, entre autres, les recommandations de la Commission économique pour l'Europe sur la planification à long terme de la gestion des ressources en eau (1976), la pollution de l'eau imputable à la production animale (1981) et l'utilisation rationnelle de l'eau dans les procédés industriels (1987), ainsi que sa Déclaration de principe de 1980 sur la prévention de la pollution des eaux, y compris la pollution transfrontière, et sur la lutte contre cette pollution et sa décision de 1986 sur la coopération dans le domaine des eaux transfrontières. Voir également *Two Decades of Cooperation on Water : Declarations and Recommendations by the Economic Commission for Europe* (New York, Nations Unies, 1988); et *ECE Water Series No. 1 : Protection of Water Resources and Aquatic Ecosystems* (New York, Nations Unies, 1993). L'élaboration des normes et lignes directrices de la Commission économique pour l'Europe dans ce domaine a continué d'être guidée par cette perspective écosystémique au cours des années qui ont suivi; voir *ECE Water Series No. 2 : Protection and Sustainable Use of Waters* (New York, Nations Unies, 1995) et la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, adoptée à Helsinki en 1992. Ainsi que le formule Ludwik A. Teclaff, « [L]a portée toujours plus grande de la planification moderne des bassins dans un contexte environnemental indique un progrès dans la perception du bassin en tant qu'écosystème. Considérer un bassin fluvial ou lacustre comme un écosystème, c'est le considérer non seulement en tant qu'unité au sein de laquelle les ressources en eau sont interconnectées, mais également en tant qu'unité où de nombreux éléments de l'environnement (eau douce, eau salée, air, terre et toutes les formes de vie) interagissent dans les limites du bassin hydrographique » (L.A. Teclaff, « The River Basin Concept and Global Climate Change », *Pace Environmental Law Review*, vol. 8, 1991, p. 370).

⁴⁶ Adoptée par la Commission économique pour l'Europe à sa quarante-quatrième session par la décision E (44) (E/ECE/1197-ECE/ENVWA/12).

⁴⁷ Adopté par la Commission économique pour l'Europe à sa quarante-cinquième session par la décision E (45) (E/ECE/1197-ECE/ENVWA/16).

⁴⁸ Art. 2, par. 1.

⁴⁹ *Ibid.*, art. 2, par. 2 d) et art. 3, par. 1 i).

⁵⁰ Voir M. Schröder, « Precautionary Approach/Principle », *Max Planck Encyclopedia (supra, note 10)*, vol. VIII, p. 400 à 405; D. Freestone, « The Precautionary Principle », in R.R. Churchill et D. Freestone (dir.), *International Law and Global Climate Change* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991), page 21 à 39; et D. Freestone et E. Hey (dir.), *The Precautionary Principle and International Law : The Challenge of Implementation* (La Haye, Kluwer Law International, 1996). Sur la consolidation du principe de précaution en tant que règle du droit coutumier général, voir H. Hohmann, *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law* (Londres, Graham and Trotman, 1994); P. Sands, *Principles of International Environmental Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 2003), p. 217 à 228 et J. Cameron et J. Abouchar, « The Status of the Precautionary Principle in International Law », in D. Freestone et E. Hey (*supra*), p. 29 à 52; A. Bianchi et M. Gestri, *Il principio precauzionale nel diritto internazionale e comunitario* (Milan, Giuffrè, 2006); N. De Sadeleer, « The Precautionary Principle as a Device for Greater Environmental Protection : Lessons from EC Courts », *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 18, 2009, p. 3 à 10; J. Zander, *The Application of the Precautionary Principle in Practice : Comparative Dimensions* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010); et L. Butti, *The Precautionary Principle in Environmental Law : Neither Arbitrary nor Capricious if Interpreted with Equilibrium* (Milan, Giuffrè, 2007). Une position plus prudente est adoptée par G. Handl, « Environmental Security and Global Change », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 1, 1990, p. 22 à 24 et par P.W. Birnie et A.E. Boyle, *International Law and the Environment* (Oxford, Clarendon Press, 1992), p. 98.

⁵¹ Voir A. Boyle, « Polluter Pays », *Max Planck Encyclopedia (supra, note 10)*, vol. VIII, p. 341 à 347; P. Schwartz, « The Polluter-pays Principle », in M. Fitzmaurice, D.M. Ong et P. Merkouris (dir.), *Research Handbook on International Environmental Law* (Cheltenham, Edward Elgar, 2010), p. 243 à 261.

⁵² Art. 2, par. 5 a) à c), respectivement. Voir W. Lang (dir.), *Sustainable Development and International Law* (Londres, Graham and Trotman, 1995). S'agissant particulièrement des cours d'eau internationaux, voir J. Brunnée et S.J. Toope, *supra*, note 43, p. 65 à 68; E. Hey, « Sustainable Use of Shared Water Resources : The Need for a Paradigmatic Shift in International Watercourse Law », in G.H. Blake et al. (dir.), *The Peaceful Management of Transboundary Resources* (Londres et Boston, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1995), p. 127 à 153.

cette obligation de faire preuve de toute la diligence voulue⁵³ par des paramètres objectifs, la Convention prévoit la rédaction d'une évaluation de l'impact sur l'environnement⁵⁴, la fixation d'objectifs de qualité de l'eau, l'adoption de critères de qualité de l'eau⁵⁵ et, à terme, l'élaboration et la mise en œuvre de meilleures pratiques environnementales de réduction des apports de nutriments et de substances dangereuses provenant de sources diffuses. L'intégration dans la Convention de ces principes, désormais ancrés dans le droit contemporain de l'environnement et, ainsi que l'a affirmé la Cour⁵⁶, largement applicables au droit international de l'eau, doit être analysée au regard de la date d'adoption de la Convention, c'est-à-dire trois mois avant la Conférence de Rio⁵⁷.

Cadre institutionnel issu de la diplomatie environnementale au sein de la Réunion des Parties et de ses organes subsidiaires, la Convention a conduit à l'adoption d'autres réglementations spécifiques concernant des problématiques environnementales relatives au droit humain essentiel à la santé et à un niveau de vie adéquat par l'adoption en 1999 du Protocole sur l'eau et la santé⁵⁸. Le Protocole a pour principal objectif de protéger la santé et le bien-être de l'homme par une meilleure gestion de l'eau, notamment par la protection des écosystèmes aquatiques, ainsi que la prévention, la maîtrise et la réduction des maladies liées à l'eau. Insistant sur l'importance des besoins humains essentiels, il apporte un véritable complément aux dispositions de la Convention en matière de protection de l'environnement.

2.1.3 Les préoccupations environnementales dans la Convention sur les cours d'eau

Le traitement des questions environnementales par la Commission au cours des travaux préparatoires de la Convention sur les cours d'eau a fait l'objet d'interprétations mitigées⁵⁹. La question de la pollution des cours d'eau internationaux a été soulevée par la Commission dès le début de ses travaux sur le sujet, pour faire suite

⁵³ Voir R. Pisillo Mazzeschi, « The Due Diligence Rule and the Nature of International Responsibility of States », *German Yearbook of International Law*, vol. 35, 1992, p. 36; et plus récemment, R.P. Barnidge Jr., « The Due Diligence Principle under International Law », *International Community Law Review*, vol. 8, 2006, p. 81 à 121; et T. Koivurova, « Due Diligence », in *Max Planck Encyclopedia (supra*, note 10), vol. III, p. 236 à 247.

⁵⁴ Art. 3, par. 1 h). Sur ce point, la Convention sur l'eau s'appuie sur la Convention d'Espoo sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière. Sur l'obligation de disposer d'une « évaluation de l'impact sur l'environnement antérieure », considérée comme essentielle à l'adoption de mesures adaptées de prévention, de contrôle et de réduction des dommages transfrontières, voir P.W. Birnie et A.E. Boyle (*supra*, note 50), p. 93; et P.N. Okowa, « Procedural Obligations in International Environmental Agreements », *British Yearbook of International Law*, vol. 67, 1998, p. 279 à 280 et 332 à 330. Cette position a été confirmée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Usines de pâte à papier : « [L]on peut désormais considérer qu'il existe en droit international général, une obligation de procéder à une évaluation de l'impact sur l'environnement lorsque l'activité industrielle projetée risque d'avoir un impact préjudiciable important dans un cadre transfrontière, et en particulier sur une ressource partagée. 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 » (*supra*, note 42, par. 204).

⁵⁵ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (supra*, note 42), par. 3. Voir également les Lignes directrices pour la mise au point d'objectifs et de critères de qualité de l'eau, figurant en Annexe III à la Convention sur l'eau.

⁵⁶ Voir l'affirmation de portée générale à cet effet dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros (supra*, note 26). S'agissant des obligations de nature procédurale, et en particulier de l'obligation de fournir des informations et une évaluation de l'impact sur l'environnement, voir l'arrêt rendu dans l'affaire des *Usines de pâte à papier (supra*, note 42), par. 80 à 122 et 203 à 219.

⁵⁷ P.H. Sand, « UNCED and the Development of International Environmental Law », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 3, 1992, p. 3 à 17.

⁵⁸ La nécessité de répondre de façon intégrée aux problématiques environnementales comme à celles liées aux droits de l'homme est d'ailleurs mise en avant au troisième alinéa du préambule du Protocole, qui indique « [...] que les eaux superficielles et les eaux souterraines sont des ressources renouvelables ayant une capacité limitée à se remettre des impacts préjudiciables, sur le plan quantitatif et qualitatif, des activités humaines et [...] que tout non-respect de ces limites peut avoir des effets préjudiciables, à court et à long termes, sur la santé et le bien-être des personnes qui dépendent de ces ressources et de leur qualité, et qu'en conséquence une gestion durable du cycle hydrologique est indispensable tant pour répondre aux besoins de l'homme que pour protéger l'environnement ». Pour une analyse des principales caractéristiques du Protocole, qui souligne sa concordance avec les grands principes que sont le droit essentiel d'accès à l'eau et à l'assainissement et avec les problématiques réglementaires liées aux besoins essentiels de l'homme en matière d'eau, en vertu du droit de l'eau comme du droit des droits de l'homme, voir A. Tanzi, « Reducing the Gap between International Water Law and Human Rights Law : The ECE Protocol on Water and Health », *International Community Law Review*, vol. 12, 2010, p. 267 à 285.

⁵⁹ « La Commission a terminé la rédaction de ses articles alors que le droit international de l'eau s'apprête à s'engager dans de nouvelles voies. Les éléments du futur discours sur le droit de l'eau sont d'ores et déjà définis et tourneront sans nul doute autour de la notion de protection des besoins humains essentiels, de la protection des écosystèmes et de la viabilité. Or, dans ce domaine, les précédents, qui datent principalement des années 80, se sont fait jour trop tard pour être pris en compte par la Commission, qui s'en est tenue à la doctrine commode de l'utilisation équitable » (A. Nollkaemper, « The contribution of the International Law Commission to international water law : does it reverse the flight from substance? », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 27, 1996, p. 53). Voir également D.D. Caron, « The Frog that Wouldn't Leap : The International Law Commission and Its Work on International Watercourses », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 269, 1992, p. 269 à 279; E. Hey, *supra*, note 52; et J. Brunnée et S.J. Toope, *supra*, note 43, p. 5.

aux réponses des gouvernements à un questionnaire adressé aux États en 1974⁶⁰. Le sujet particulier de la pollution et, de façon plus générale, celui de la protection de l'environnement des cours d'eau internationaux sont largement abordés dans les rapports des deux premiers Rapporteurs spéciaux sur la question, Stephen Schwebel et Jens Evensen⁶¹. Lors de sa trente-cinquième session en 1983, lors de l'examen de l'intérêt de la protection de l'environnement pour le droit international de l'eau, et par conséquent pour les projets d'articles, la Commission a reconnu que le chapitre IV du projet rédigé par le Rapporteur spécial Evensen (« Protection de l'environnement, pollution, risques pour la santé, risques naturels, régularisation et sécurité, utilisations préférentielles, sites nationaux ou régionaux ») « concernait un aspect essentiel de la question des cours d'eau internationaux »⁶². Il a toutefois fallu attendre 1988 pour qu'un débat approfondi ait lieu sur la question, à l'initiative du nouveau Rapporteur spécial, Stephen McCaffrey⁶³. Le débat a conduit à l'adoption en 1990 de quatre projets d'articles sur les utilisations risquant d'entraîner une pollution dommageable, qui ont trait à la protection de l'environnement des cours d'eau internationaux⁶⁴. Le premier projet d'article énonce l'obligation générale de protéger et de préserver les écosystèmes des cours d'eau internationaux⁶⁵. Selon le paragraphe 3 du commentaire du projet d'article 22, « [l']obligation de protéger les écosystèmes des cours d'eau internationaux constitue ainsi une application générale du principe de l'action préventive », soulignant qu'« [e]nsemble, la protection et la préservation des écosystèmes aquatiques permettent d'assurer leur viabilité en tant que systèmes de support de vie, procurant ainsi les bases essentielles d'un développement durable »⁶⁶. Il en ressort que la Commission était plutôt disposée à associer ses travaux sur le sujet aux principes et concepts environnementaux qui étaient à l'époque en cours d'élaboration en amont de la Conférence de Rio.

Ces projets d'articles sont restés en l'état jusqu'à leur deuxième lecture par la Commission en 1994, avant d'être présentés en 1996 à l'Assemblée générale, où plusieurs délégations ont estimé que le parti pris environnemental de la future Convention devait encore être renforcé. Alors que le débat entre partisans du principe d'utilisation équitable et partisans de l'obligation de ne pas causer de dommage se poursuivait, d'autres délégations se sont farouchement opposées à ce que figure dans la Convention la moindre référence à la protection de l'environnement⁶⁷ et ont tenté de réduire à un minimum, voire d'éliminer totalement, toute mention de la protection des écosystèmes des cours d'eau internationaux.

⁶⁰ Dans leurs réponses au questionnaire adressé par la Commission en 1976, 13 États (le Brésil, la Colombie, l'Équateur, l'Espagne, les États-Unis, la Finlande, la Hongrie, l'Indonésie, les Pays-Bas, les Philippines, la Pologne, la République fédérale d'Allemagne et la Suède) ont répondu par l'affirmative à la question « Êtes-vous d'accord pour que la Commission commence son étude préliminaire par le problème de la pollution des voies d'eau internationales? », alors que sept États (l'Argentine, l'Autriche, le Canada, la France, le Nicaragua, le Pakistan et le Venezuela) ont répondu par la négative (*Annuaire ... 1976*, volume II (première partie), p. 155 à 193). Au cours des années suivantes, trois États (la Jamahiriya arabe libyenne, le Swaziland et le Yémen) ont répondu par l'affirmative à cette question (*Annuaire ... 1978*, volume II (première partie), p. 256). En 1979, la Yougoslavie a également répondu au questionnaire et, rappelant la grande importance accordée à la question de la pollution des voies d'eau internationales et, dans cette perspective, au problème de la protection de l'environnement, s'est prononcée en faveur d'une prise en compte simultanée du problème de la pollution à propos des diverses utilisations des voies d'eau en question (*Annuaire ... 1979*, volume II (première partie), p. 193).

⁶¹ Voir le troisième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation par Stephen Schwebel, Rapporteur spécial, in *Annuaire ... 1982*, vol. II (première partie), p. 79 à 242 (dans lequel figure une proposition de projet d'article 10 constituée de 14 paragraphes et qui porte à la fois sur la pollution dommageable et la protection de l'environnement des cours d'eau internationaux); et le premier rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation par Jens Evensen, Rapporteur spécial, in *Annuaire ... 1983*, vol. II (première partie), p. 161 à 203 (dans lequel figurent six propositions de projets d'articles portant sur les mêmes questions).

⁶² *Annuaire ... 1983*, volume II (deuxième partie), par. 256.

⁶³ Pour les propositions soumises par le Rapporteur spécial à la quarantième session de la Commission, voir le quatrième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation par Stephen McCaffrey, Rapporteur spécial, in *Annuaire ... 1988*, volume II (première partie), par. 28 à 91. Au cours de cette session, la Commission a renvoyé les projets d'articles 16 et 17, proposés par Stephen McCaffrey et traitant respectivement de la « pollution des [...] cours d'eau internationaux » et de la « protection de l'environnement des [...] cours d'eau internationaux » (ibid., p. 238 et 245), au Comité de rédaction pour examen à la lumière de sa prise en compte de ces questions (*Annuaire ... 1988*, vol. II (deuxième partie), par. 129 à 199). Pour consulter l'intégralité des débats de la Commission, voir les comptes rendus analytiques de la 2062^e séance à la 2068^e séance, ainsi que de la 2076^e séance, in *Annuaire ... 1988*, p. 125 à 172 et 231 à 239.

⁶⁴ Voir les projets d'articles 22 à 25 (ultérieurement projets d'articles 20 à 23), et les commentaires y afférents in *Annuaire ... 1990*, vol. II (deuxième partie), p. 58 à 66.

⁶⁵ Projet d'article 22 (ultérieurement projet d'article 20) (ibid., p. 58).

⁶⁶ Ibid., p. 59 et note 179 (sur l'action préventive). Selon les paragraphes 1 à 6 du commentaire du projet d'article 23 (ultérieurement projet d'article 21), l'application du principe d'action préventive inclut l'obligation de prévenir la pollution dommageable des cours d'eau internationaux (ibid., p. 62 et 63).

⁶⁷ Au sein de la Sixième Commission, lors de la cinquante et unième session de l'Assemblée générale (1997), le représentant de la Chine a déclaré que « l'objet de la convention est une meilleure exploitation des cours d'eau internationaux. Il ne s'agit pas d'une convention sur la protection de l'environnement » (A/C.6/51/SR.53, par. 119). Le représentant de la Slovaquie a avancé un argument similaire lors d'une autre séance (A/C.6/51/SR.22, par. 8).

La notion d'« écosystème » est devenue l'une des pommes de discorde de ces négociations, en particulier dans le cadre des consultations informelles⁶⁸. En fin de compte, l'importance des cours d'eau internationaux en tant qu'élément de l'environnement naturel a été reconnue et s'est vu accorder le même poids que ses utilisations⁶⁹ et l'article 20 (« Protection et préservation des écosystèmes ») y fait expressément référence⁷⁰. Il convient également de prendre note de la codification du principe d'utilisation équitable dans l'article 5, qui intègre aussi le concept de développement durable.

Le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention sur les cours d'eau (« Champ d'application de la présente Convention ») dispose qu'elle s'applique aux « utilisations [...] à des fins autres que la navigation et aux mesures de protection, de préservation et de gestion liées aux utilisations [des] cours d'eau et de leurs eaux »; ces questions sont abordées plus particulièrement dans la quatrième partie (articles 20 à 26) de la Convention et la formulation susmentionnée est indispensable en ce qu'elle place sur un pied d'égalité les dispositions relatives à la quantité et celles relatives à la qualité de l'eau. Ce rappel était particulièrement nécessaire; en effet, lorsque la Commission s'est penchée sur le sujet, plus de 20 ans avant la clôture de ses travaux, la grande priorité dans le domaine était la répartition équitable de l'eau douce. De fait, on peut dire que le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention pose le fondement du rapport structurel entre les principes fondamentaux que sont l'utilisation équitable et l'obligation de ne pas causer de dommage (articles 5 à 7) d'une part, et les questions de qualité de l'eau (également abordées dans les articles 5 à 7 et approfondies dans la quatrième partie relative à la protection, la préservation et la gestion) d'autre part. On notera d'ailleurs que les articles de la quatrième partie traitent non seulement de la pollution, mais aussi de la quantité, et notamment de la répartition de l'eau. Inversement, le principe d'utilisation équitable et l'obligation de ne pas causer de dommage concernent non seulement la répartition de l'eau, mais également la pollution.

Le troisième Rapporteur spécial de la Commission sur le sujet, Stephen McCaffrey, a fait remarquer que, la Convention étant un accord-cadre, « [i]l ne faut pas s'attendre, de ce fait, à ce que le niveau de détail et le souci de protéger l'environnement soient comparables à ce qu'on pourrait trouver dans un instrument bilatéral ou régional »⁷¹. De fait, durant les négociations, les revendications souvent concurrentes d'États riverains de certains cours d'eau internationaux se sont ajoutées aux divergences propres aux processus de rédaction de traités internationaux multilatéraux en matière d'environnement⁷².

Quoi qu'il en soit, on peut dire que les normes environnementales finalement établies par la Convention après d'âpres négociations sont représentatives des normes minimales en deçà desquelles toute interprétation ou application subjective d'un régime équitable d'utilisation du cours d'eau risquerait d'être taxée, à juste titre, d'illégalité. C'est d'ailleurs le cas non seulement des dispositions relatives à la protection de l'environnement énoncées dans la quatrième partie, mais également de l'intégration du concept de développement durable dans le principe d'utilisation et de participation équitables codifié à l'article 5. Ainsi, la Convention établit un seuil minimal en deçà duquel des utilisations mutuellement acceptables ne sauraient être négociées.

Cette lecture de la Convention sur les cours d'eau eu égard aux préoccupations environnementales est confirmée et développée ci-après par une interprétation synthétique de ses dispositions pertinentes à la lumière de la Convention sur l'eau, conformément au principe de l'harmonisation rappelé au début de la présente étude⁷³.

⁶⁸ En 1997, les consultations informelles relatives aux articles 20 et 22 ont été coordonnées par le Représentant permanent du Bangladesh, M. A.K.H. Morshed, et celles sur le préambule par le Représentant permanent du Venezuela, M. Jean-François Pulvenis; voir le rapport de la Sixième Commission réunie en Groupe de travail plénier (A/51/869), par. 5.

⁶⁹ Ibid. (A/51/869), par. 8.

⁷⁰ Pour le débat en question au sein de la Sixième Commission en 1997, voir A/C.6/51/SR.60, par. 84 à 88. Pour le compte rendu du débat sur l'article 20 au sein du Groupe de travail, voir la section 3.2 *infra*.

⁷¹ S.C. McCaffrey, « La Convention des Nations Unies sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation : Perspectives et embûches », in S. M.A. Salman et L. Boisson de Chazournes (dir.), *Cours d'eaux internationales : Renforcer la coopération et gérer les différends — Actes du séminaire de la Banque mondiale* Washington D.C., Banque mondiale, 1998, p. 30.

⁷² Voir A. Tanzi, « Codifying the minimum standards of the law of international watercourses : remarks on part one and a half », *Natural Resources Forum*, vol. 21, 1997, p. 199 à 117.

⁷³ Voir *supra*, notes 1 à 6.

3. Le champ d'application physique des Conventions

L'évaluation du champ d'application physique des deux Conventions suppose d'identifier les zones géographiques et les entités hydrologiques et géologiques, et donc les activités humaines et les phénomènes naturels s'y rapportant, qui relèvent du champ d'application réglementaire de chaque instrument. Cette démarche doit notamment établir, en premier lieu, les zones dans lesquelles le caractère équitable, le caractère raisonnable et l'impact transfrontière potentiel des activités peuvent être évalués, puis en second lieu, les zones et entités physiques risquant de subir des effets dommageables. En effet, les activités s'y rapportant doivent faire l'objet d'une évaluation pour établir leur caractère équitable et raisonnable, au regard de l'obligation de prévenir les dommages et du devoir de coopération.

3.1 La Convention sur l'eau

Le paragraphe 1 de l'article premier de la Convention sur l'eau définit les « eaux transfrontières » comme « toutes les eaux superficielles et souterraines qui marquent les frontières entre deux États ou plus, les traversent ou sont situées sur ces frontières ». Selon le Guide pour l'application de la Convention sur l'eau, « les eaux de surface comprennent les eaux accumulées sur le sol dans un cours d'eau, un cours d'eau, un canal, un lac, un réservoir ou une zone humide »⁷⁴. Si les eaux de mer sont exclues du champ d'application de la Convention, le paragraphe 6 de son article 2 exige des parties qu'elles protègent « l'environnement des eaux transfrontières ou l'environnement sur lequel ces eaux exercent une influence, y compris le milieu marin ». En pratique, cette disposition a été appliquée dans une mesure considérable par la voie d'accords sous-régionaux négociés sous l'égide de la Convention afin de protéger la mer et les zones côtières réceptrices⁷⁵.

Cette disposition propose surtout une approche intégrée de la définition du champ d'application physique de la Convention, fondée sur le concept de bassin versant qui, au-delà de la simple masse d'eau (cours d'eau, lac, etc.), inclut « d'autres éléments » de l'environnement, tels que l'air, la terre, la faune et la flore, dans la mesure où ils interagissent avec le cours d'eau ou lac international transfrontière concerné »⁷⁶. La définition du terme « eaux souterraines » aux fins d'évaluation du champ d'application physique de la Convention sur l'eau fait, ci-après, l'objet d'une analyse séparée par comparaison avec la Convention sur les cours d'eau et le processus mené dans le cadre des travaux de la Commission.

Sur le plan de l'interprétation contextuelle, l'intérêt d'une approche intégrée fondée sur les dispositions qui précèdent est confirmé et, d'un point de vue global, renforcé par l'approche écosystémique préconisée par la Convention. Cette approche est mise en avant comme moyen de protéger, maîtriser et réduire les impacts transfrontières (paragraphe 1 de l'article 3)⁷⁷ et d'assurer la conservation et la remise en état des écosystèmes (paragraphe 2 d) de l'article 2). Ainsi que l'indique le Guide pour l'application de la Convention sur l'eau, « si la Convention porte sur les eaux transfrontières, le terme "écosystèmes" dans cette disposition ne se limite pas nécessairement aux écosystèmes transfrontières et n'exclut pas les écosystèmes non aquatiques ou non liés à l'eau »⁷⁸.

Cette conception ambitieuse du champ d'application de la Convention sur l'eau est à nouveau confirmée en termes fonctionnels par la définition, au paragraphe 2 de l'article premier, de l'expression « impact transfrontière » qui devient l'idée maîtresse de la démarche de prévention, de maîtrise et de réduction, tout au long de l'instrument :

L'expression « impact transfrontière » désigne tout effet préjudiciable important qu'une modification de l'état des eaux transfrontières causée par une activité humaine dont l'origine physique se situe entièrement ou en partie dans une zone relevant de la

⁷⁴ *Guide to Implementing the Water Convention* (New York et Genève, Nations Unies, 2013), par. 73.

⁷⁵ *Ibid.*, par. 79.

⁷⁶ *Ibid.*, par. 78.

⁷⁷ Le paragraphe 1 de l'article 3 (« Prévention, maîtrise et réduction ») se lit comme suit : « Aux fins de la prévention, de la maîtrise et de la réduction de l'impact transfrontière, les Parties élaborent, adoptent, appliquent des mesures juridiques, administratives, économiques, financières et techniques pertinentes en s'attachant autant que possible à les harmoniser, pour faire en sorte, notamment : ... i) [q]ue la gestion durable des ressources en eau, y compris l'application d'une approche écosystémique, soit encouragée ».

⁷⁸ Voir *supra*, note 74, par. 117.

juridiction d'une Partie produit sur l'environnement d'une zone relevant de la juridiction d'une autre Partie.

Il convient de noter qu'aucun qualificatif n'est rattaché au terme « environnement » en tant qu'objet de l'effet préjudiciable et que la « zone relevant de la juridiction d'une autre partie » est présentée comme la source de ces effets potentiels. Cette formulation élargit considérablement le champ d'application de l'impact transfrontière relevant de l'obligation de prévention établie par la Convention.

Cette logique ambitieuse, qui conforte la conception globale retenue par la Convention, est expressément formulée au même paragraphe de l'article premier :

[...] Cet effet sur l'environnement peut prendre plusieurs formes : atteinte à la santé et à la sécurité de l'homme, à la flore, à la faune, au sol, à l'air, à l'eau, au climat, au paysage et aux monuments historiques ou autres constructions, ou interaction de plusieurs de ces facteurs; il peut s'agir aussi d'une atteinte au patrimoine culturel ou aux conditions socio-économiques résultant de modifications de ces facteurs.

3.2 La Convention sur les cours d'eau

La Convention sur les cours d'eau fixe le champ d'application géographique et hydrologique de ses dispositions en utilisant le terme de « cours d'eau », défini comme « un système d'eaux de surface et d'eaux souterraines constituant, du fait de leurs relations physiques, un ensemble unitaire et aboutissant normalement à un point d'arrivée commun » (alinéa a) de l'article 2). De toute évidence, cette formulation est plus restrictive par rapport à l'approche délibérément intégrée et écosystémique retenue par la Convention sur l'eau et au concept de bassin hydrographique adopté par l'Institut de droit international⁷⁹ et l'Association de droit international⁸⁰, ainsi que par la pratique conventionnelle récente en la matière⁸¹.

Toutefois, une lecture contextuelle de la définition précitée offre une interprétation plus ambitieuse et plus détaillée, à la lumière de la Convention sur l'eau. La terminologie relative aux systèmes de cours d'eau employée dans la Convention sur les cours d'eau dépasse la définition traditionnelle du « cours d'eau », limitée au bras principal d'un cours d'eau. En effet, ce terme inclut les eaux souterraines et le « système hydrologique composé d'un certain nombre d'éléments où l'eau s'écoule, que ce soit à la surface ou dans le sous-sol. Ces éléments comprennent les rivières, les lacs, les aquifères, les glaciers, les réservoirs et les canaux »⁸². En outre, une interprétation contextuelle du terme « cours d'eau » eu égard à d'autres dispositions pertinentes de la Convention sur les cours d'eau conforte la conclusion selon laquelle la zone du bassin hydrographique relève

⁷⁹ Article premier de la résolution sur l'« Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) » adoptée à la session de Salzbourg en 1961 (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 49, 1961, p. 381 à 384).

⁸⁰ L'article II des Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux (1966) (ci-après les « Règles d'Helsinki ») se lit comme suit : « Un bassin de drainage international est une zone géographique s'étendant sur deux ou plusieurs États et déterminée par les limites de l'aire d'alimentation du réseau hydrographique, y compris les eaux de surface et les eaux souterraines, aboutissant en un point commun (Association de droit international, *Report of the Committee on the Uses of the Waters of International Rivers* (London, Association de droit international, 1967), également consultable en anglais sur Internet à l'adresse www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/Helsinki_Rules_with_comments.pdf). S'agissant de la portée matérielle du grand principe consacré par les Règles d'Helsinki, à savoir l'utilisation équitable, il convient de noter que l'article IV établit un droit « de participation raisonnable et équitable aux avantages que présente l'utilisation des eaux d'un bassin de drainage international », et non un droit aux avantages que présente l'utilisation du bassin proprement dit. L'Association de droit international, grâce à ses efforts ultérieurs et ceux qu'elle continue de mener, a renforcé le concept de bassin hydrographique en adoptant une approche écosystémique globale. Voir, en particulier, l'article premier des articles sur le rapport entre les ressources internationales en eau et les autres ressources naturelles et éléments de l'environnement (Association de droit international, *Report of the Fifty-Ninth Conference*, Belgrade, 1980, p. 374 et 375).

⁸¹ Voir, entre autres, l'article premier de l'Accord sur le plan d'action pour la gestion écologiquement rationnelle du bassin commun du Zambèze du 28 mai 1987 (Botswana, Mozambique, République-Unie de Tanzanie, Zambie et Zimbabwe), *International Legal Materials*, vol. 27, 1988, p. 1109; l'article premier et l'article 3 des Accords de Charleville-Mézières du 26 avril 1994 sur l'Escaut et sur la Meuse (Belgique, France et Pays-Bas), *International Legal Materials*, vol. 34, 1995, p. 851; l'article 3 de la Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube (ci-après, la « Convention sur la protection du Danube ») du 29 juin 1994 (Allemagne, Autriche, Bulgarie, Croatie, Hongrie, Moldova, Roumanie, Slovaquie et Ukraine), *Multilateral Agreements*, 994 :49; l'article 3 de l'Accord de coopération pour la mise en valeur durable du bassin du Mékong du 5 avril 1995 (Cambodge, République démocratique populaire lao, Thaïlande et Viet Nam), *International Legal Materials*, vol. 34, 1995, p. 864; et l'article premier du Protocole révisé sur les réseaux hydrographiques partagés dans la région de la Communauté de développement de l'Afrique australe du 7 août 2000.

⁸² Par. 4 du commentaire du projet d'article 2, *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 95.

des règles fixées par la Convention⁸³, en appliquant l'approche écosystémique expressément adoptée dans la quatrième partie, qui est compatible avec la Convention sur l'eau.

La zone du bassin hydrographique entre également en jeu dans la Convention sur les cours d'eau en tant que zone dans laquelle l'activité préjudiciable est menée. Bien que le principe d'utilisation équitable et l'obligation de ne pas causer de dommage figurent aux articles 5, 6 et 7 sans référence explicite aux activités susceptibles d'avoir lieu dans le bassin⁸⁴, la quatrième partie (« Protection, préservation et gestion ») et la présence même du terme « protection » à l'article 5 confortent une interprétation contextuelle ambitieuse. Le paragraphe 2 de l'article 21 établit une obligation de « prév[enir], rédui[re] et maîtris[e] la pollution d'un cours d'eau international qui risque de causer un dommage significatif à d'autres États du cours d'eau ». Si cette disposition porte sur le cours d'eau international comme entité hydrologique dont la pollution doit être empêchée et ne renvoie pas expressément à la zone géographique constituée par le bassin hydrographique, elle ne limite toutefois pas l'obligation de prévention à la pollution due aux activités se déroulant dans le cours d'eau⁸⁵. Une activité menée dans le bassin hydrographique et qui pollue un cours d'eau international ou le modifie au point qu'il risque de causer des dommages significatifs aux autres riverains tombe manifestement sous le coup de l'obligation de prévention⁸⁶.

Ainsi, l'utilisation d'un cours d'eau international qui cause des dommages à l'environnement d'un État coriverain, même au-delà de son cours d'eau, relève de la Convention sur les cours d'eau, en particulier eu égard aux obligations de protection et de prévention établies dans sa quatrième partie. L'article 20 introduit le concept d'« écosystèmes des cours d'eau internationaux » comme objet de l'obligation de protéger et de préserver. Bien que ce concept ne figure pas dans la deuxième partie (« Principes généraux », articles 5 à 7), l'interprétation et l'application du principe d'utilisation équitable doivent être « compatibles avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau » (paragraphe 2 de l'article 5) et le libellé même de cette disposition renvoie à la quatrième partie, dans laquelle figure l'approche écosystémique. En outre, la Commission ayant retenu le terme d'« écosystème » au lieu de celui d'« environnement », qui « pourrait être interprété comme désignant uniquement des zones situées en dehors du cours d'eau »⁸⁷, on peut en déduire que l'obligation de protection concerne également les zones terrestres⁸⁸.

S'agissant de l'obligation de prévenir les dommages dus à la pollution, l'approche interprétative ambitieuse est aisément défendable, puisque la Convention établit clairement l'obligation de prévenir, de réduire et de

⁸³ Avant l'adoption de la Convention, Nigel Bankes s'est plaint de ce que l'Assemblée générale avait demandé à la Commission d'étudier les seuls cours d'eau internationaux, et non les bassins hydrographiques internationaux : « si le droit du cours d'eau est en effet au cœur des travaux de la Commission, les différents rapporteurs spéciaux ont toutefois veillé à ce que la conceptualisation du cours d'eau par la Commission ne soit pas déconnectée de la réalité hydrographique et écologique » (*supra*, note 35, p. 144). Pour une critique de l'approche apparemment trop restrictive de la Commission sur la question, voir D.M. McRae, « The International Law Commission : Codification and Progressive Development after Forty Years », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 25, 1987, p. 355 à 368; et D.D. Caron, *supra*, note 59. Concernant l'attitude de la Commission à cet égard, voir J.L. Wescoat Jr., « Beyond the River Basin : The Changing Geography of International Water Problems and International Water Law », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 3, 1992, p. 301 à 332.

⁸⁴ Le champ d'application de ces dispositions se limite à l'utilisation d'un cours d'eau : « Les États du cours d'eau utilisent sur leurs territoires respectifs le cours d'eau international (par. 1 de l'art. 5); « L'utilisation de manière équitable et raisonnable d'un cours d'eau international au sens de l'article 5 » (par. 1 de l'art. 6); et « Lorsqu'ils utilisent un cours d'eau international sur leur territoire, les États du cours d'eau » (par. 1 de l'art. 7).

⁸⁵ La même considération s'applique à la disposition qui ouvre l'article 20 (quatrième partie) : « Les États du cours d'eau, séparément et, s'il y a lieu, conjointement, protègent et préservent les écosystèmes des cours d'eau internationaux ».

⁸⁶ Cet argument est étayé par l'interprétation faite par Stephen McCaffrey des projets d'articles pertinents qui, aux fins de notre étude, n'ont pas été modifiés par le Groupe de travail à New York. Faisant observer que le rejet initial par certains gouvernements de la formulation intégrant expressément la notion de bassin hydrographique dans le texte de la Convention n'empêchait pas de conserver l'approche par bassin hydrographique, il a déclaré que « [l]a décision [d'adopter cette approche] a été prise en dépit du fait qu'il est presque impossible, comme le montrent les articles adoptés jusqu'ici, d'exclure totalement les activités terrestres du champ d'application du projet (sinon dans la mesure où elles n'exerceraient aucun effet, par le biais d'un cours d'eau international, sur un autre État du cours d'eau) ». Il a ajouté que « les projets d'articles couvriraient, par exemple, le dommage causé à un État A par une usine située non sur la rive du cours d'eau international dans un État B mais à une certaine distance du cours d'eau si l'usine déversait des déchets toxiques sur la terre et que ces déchets aboutissaient dans le cours d'eau et finissaient par causer un dommage à l'État A » (« Septième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par M. Stephen C. McCaffrey, Rapporteur spécial », *Annuaire ... 1991*, vol. II (première partie), p. 62).

⁸⁷ La Commission poursuit en définissant « écosystème » comme « une unité écologique composée d'éléments biologiques ou non qui sont interdépendants et fonctionnent comme un ensemble » (par. 2 du commentaire de l'article 20, *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 125).

⁸⁸ Pour un contre-argument fondé sur une interprétation littérale des par. 1 et 2 b) de l'article premier, voir A. Nollkaemper (*supra*, note 59), p. 63.

maîtriser « la pollution d'un cours d'eau international qui risque de causer un dommage significatif à d'autres États du cours d'eau » (paragraphe 2 de l'article 21).

Sur ce point, l'interprétation contextuelle des deux Conventions confirme à quel point elles peuvent s'enrichir mutuellement. Comme on pouvait l'anticiper, cette approche, fondée sur les règles générales d'interprétation des traités codifiées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après « la Convention de Vienne »)⁸⁹, est expressément confirmée par la volonté des États ayant pris part aux négociations, exprimée au neuvième alinéa du préambule à la Convention sur les cours d'eau par un rappel des accords existants régissant les cours d'eau⁹⁰. De toute évidence, la Convention sur l'eau est en haut de la liste des instruments internationaux fondés sur l'approche écosystémique⁹¹ qui se prêtent à une interprétation contextuelle en vertu du paragraphe 2 de l'article 31 de la Convention de Vienne.

Au vu de ce qui précède, on peut avancer que le cadre réglementaire établi par les Conventions porte a) sur les activités risquant d'affecter un cours d'eau, même si elles sont réalisées hors de celui-ci, et b) sur les activités constituant des utilisations du cours d'eau et qui risquent d'affecter des éléments de l'environnement extérieur à celui-ci. Il faut donc établir les liens d'interdépendance entre l'écosystème aquatique et l'écosystème de l'environnement principalement affecté ou dans lequel l'activité a été réalisée.

3.3 Les eaux souterraines

Il ne fait aucun doute que les eaux souterraines relèvent de la Convention sur l'eau, qui définit les « eaux transfrontières » comme « toutes les eaux superficielles et souterraines qui marquent les frontières entre deux États ou plus, les traversent ou sont situées sur ces frontières » (paragraphe 1 de l'article premier). Toutefois, cette formule mérite d'être qualifiée plus avant si l'on est d'avis qu'il faut distinguer les « eaux souterraines liées au cours d'eau », c'est-à-dire celles qui sont hydrologiquement liées aux eaux de surface (cours d'eau, lacs, réservoirs, zones humides et estuaires) d'une part, et les eaux souterraines sans rapport avec les eaux de surface, que ce soit directement ou indirectement par l'intermédiaire d'eaux souterraines interagissant avec les eaux de surface, d'autre part.

Les exemples d'« eaux souterraines sans rapport avec le cours d'eau » sont rares et sont beaucoup plus spécifiques que les eaux souterraines liées aux eaux de surface. De fait, la distinction hydrologique entre les eaux liées au cours d'eau et celles sans rapport avec le cours d'eau est discutable⁹², en particulier d'un point de vue global. Sur un plan réglementaire, cette distinction pourrait être considérée comme dépendant de l'« importance » des interconnexions entre les eaux de surface et les eaux souterraines et justifierait donc une évaluation hydrologique afin d'établir si un aquifère est suffisamment rechargé par les eaux de surface ou s'il se décharge considérablement vers les eaux de surface ou d'autres aquifères. Si ce n'est pas le cas, l'aquifère serait alors qualifié d'« eaux souterraines captives ». Sur le plan juridique, la question qui se pose est celle de savoir s'il faut disposer de cadres réglementaires distincts pour les eaux souterraines captives et non captives.

Conformément au sens ordinaire de la définition de l'expression « eaux transfrontières » dans la Convention sur l'eau (paragraphe 1 de l'article 1), qui ne dit rien d'une telle distinction, le champ d'application de la Convention inclut les eaux souterraines qui interagissent directement ou indirectement avec des cours d'eau de surface transfrontières, des eaux souterraines captives ou des aquifères. Ainsi, les principes et dispositions de la Convention qui s'appliquent aux eaux de surface transfrontières s'appliquent également aux eaux souterraines liées aux cours d'eau ou sans rapport avec ceux-ci. Cette interprétation est confirmée par les directives sur la surveillance et l'évaluation des eaux souterraines transfrontières de la Commission économique pour l'Europe, adoptées à la deuxième session de la Réunion des Parties, tenue à La Haye en

⁸⁹ Le paragraphe 2 de l'article 31 dispose qu'« [a]ux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend [...] le texte, préambule [...] inclus ».

⁹⁰ Voir *supra*, note 9.

⁹¹ Pour un inventaire synthétique des instruments en question, voir J. Brunnée et S.J. Toope, *supra*, note 43, p. 50 et suiv.; et R.O. Brooks *et al.* (dir.), *Law and Ecology: the Rise of the Ecosystem Regime* (Aldershot (Royaume-Uni) et Burlington (États-Unis), Ashgate, 2002).

⁹² Pour une alternative à cette distinction, voir T.C. Winter *et al.*, *Ground Water and Surface Water, A Single Resource: U.S. Geological Survey Circular 1139* (Denver, United States Geological Survey, 1998), p. 76.

2000⁹³. Dans leurs notes explicatives, elles fournissent notamment toute une série de variables qui ont une incidence sur les différentes caractérisations des « systèmes d'aquifères transfrontières », sans distinction entre les eaux souterraines liées aux cours d'eau ou sans rapport avec celui-ci. La seule distinction importante qui y est opérée concerne les eaux de surface et les eaux souterraines⁹⁴.

Le Guide pour l'application de la Convention sur l'eau indique clairement qu'aux fins d'établissement du champ d'application de la Convention (paragraphe 1 de l'article premier), « les eaux souterraines comprennent toute l'eau qui se situe sous la surface du sol, dans la zone de saturation et en contact direct avec le sol ou le sous-sol. ... la Convention s'applique à la fois aux aquifères captifs et aux aquifères libres »⁹⁵.

Les Dispositions types sur les eaux souterraines transfrontières, rédigées par le Conseil juridique et le Groupe restreint sur les eaux souterraines de la Convention sur l'eau et adoptées lors de la sixième session de la Réunion des Parties à la Convention en 2012, retiennent la même approche⁹⁶.

Dans le cas de la Convention sur les cours d'eau, il ressort clairement de la définition de « cours d'eau » en tant que « système d'eaux de surface et d'eaux souterraines » (alinéa a) de l'article 2), que les couches aquifères relèvent de son champ d'application⁹⁷. Cette approche systémique tient dûment compte des interrelations entre les eaux de surface et les eaux souterraines et vise une gestion intégrée et rationnelle des ressources en eau douce, conformément aux lignes directrices énoncées au chapitre 18 du Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (ci-après, « Action 21 »)⁹⁸.

S'il ne fait aucun doute que même les eaux souterraines captives relèvent de la Convention sur l'eau, tel n'est pas tout à fait le cas pour la Convention sur les cours d'eau : en effet, aux termes de l'alinéa a) de l'article 2,

⁹³ Voir Équipe spéciale de la Commission économique pour l'Europe sur la surveillance et l'évaluation des eaux transfrontières, *Guidelines on Monitoring and Assessment of Transboundary Groundwaters* (Lelystad, RIZA, Institute for Inland Water Management and Waste Water Treatment, 2000), consultable en anglais à l'adresse www.unece.org/env/water/publications/documents/guidelinesgroundwater.pdf.

⁹⁴ La même approche a été retenue dans nombre d'instruments non contraignants de la Commission économique pour l'Europe en amont de l'adoption de la Convention sur l'eau, dont la Déclaration de principe de la Commission économique pour l'Europe sur la prévention de la pollution des eaux, y compris la pollution transfrontière, et sur la lutte contre cette pollution de 1980 (ECE/WATER/38), qui affirme, au premier alinéa de son préambule, que « l'utilisation rationnelle des ressources en eau, de surface ou souterraines, comme élément essentiel dans le cadre d'une gestion à long terme de l'eau, doit être considérée comme un moyen efficace d'appui à la politique de prévention de la pollution de l'eau et de lutte contre celles-ci »; la Décision sur la coopération internationale intéressant les ressources en eau partagées par plusieurs États de 1982 (ECE/WATER/38) qui reconnaît, dans le premier alinéa de son préambule « l'importance croissante des interrelations économiques, environnementales et physiques des pays de la Commission économique pour l'Europe, en particulier là où des cours d'eau ou des lacs et des nappes phréatiques connexes traversent des frontières internationales ou sont situés sur ces frontières »; la Déclaration de principe sur l'utilisation rationnelle de l'eau de 1984, selon laquelle « il faudrait insister spécialement sur les points suivants : ... e) utilisation coordonnée des eaux de surface et des eaux souterraines, compte tenu de leur interrelation étroite »; et la Charte pour la gestion des eaux souterraines de 1989 (ECE/ENVWA/12), qui encourage les États à pratiquer une gestion intégrée des eaux, tant de surface que souterraines, « tout en tenant compte du fait que, par rapport aux eaux de surface, les eaux souterraines présentent des caractéristiques distinctives, qui nécessitent des mesures spéciales de protection pour les aquifères » (les italiques sont de nous).

⁹⁵ Voir *supra*, note 74, par. 73.

⁹⁶ *Dispositions types sur les eaux souterraines transfrontières* (ECE/MP.WAT/40), consultables sur Internet à l'adresse https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/publications/WAT_model_provisions/ECE_MP.WAT_40_FR_for_web.pdf. Les Dispositions types ont été élaborées en s'appuyant sur deux documents de travail : *Application of the UNECE Water Convention to groundwater and possible developments* (LB/2010/INF.2), consultable en anglais sur Internet à l'adresse www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/meetings/legal_board/2010/Groundwater_discussion_paper_inf2.pdf; et *Étude sur l'application de la Convention aux eaux souterraines : recueil explicatif des formulations de la Commission économique pour l'Europe en matière de réglementation* (ECE/MP.WAT/WG.1/2012/3-ECE/MP.WAT/WG.2/2012/3), consultable sur Internet à l'adresse http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/documents/2012/wat/WG/Joint_meeting_july/ECE_MP.WAT_WG.1_2_2012_3_groundwater_F.pdf.

⁹⁷ Sur les eaux souterraines de façon générale, voir D.A. Caponera et D. Alhéritière, « Principles for International Groundwater Law », in L.A. Teclaff et A.E. Utton (dir.), *International Groundwater Law*, New York et Londres, Oceana Publications, 1981, p. 25 à 55; A.E. Utton, « The Development of International Groundwater Law », *Natural Resources Journal*, vol. 22, 1982, p. 95 à 118; L.A. Teclaff, « Principles for Transboundary Groundwater Pollution Control », *Natural Resources Journal*, vol. 22, 1982, p. 1065 à 1079; J. Barberis, « Le régime juridique des eaux souterraines », *Annuaire français de droit international*, vol. 33, 1987, p. 129 à 162; R.D. Hayton et A.E. Utton, « Transboundary Groundwaters : The Bellagio Draft Treaty », *Natural Resources Journal*, vol. 29, 1989, p. 663 à 772; et S.C. McCaffrey, *supra*, note 15, p. 482 à 503. Voir aussi le numéro spécial de 2011 de *l'International Community Law Review* sur le thème des aquifères transfrontières et du droit international.

⁹⁸ A/CONF.151/26. L'alinéa d) du paragraphe 18.25 prévoit, parmi les objectifs particuliers, d'« obtenir de tous les pays qu'ils prennent les dispositions nécessaires afin que la collecte, le traitement, le stockage, la recherche et la diffusion auprès des utilisateurs des données concernant la qualité et la quantité des ressources en eau disponibles au niveau des bassins versants et des nappes aquifères soient assurés de manière intégrée et efficace ». À l'alinéa a) du paragraphe 18.39, les États sont appelés à « [d]éterminer quelles sont les eaux de surface et les eaux souterraines qui pourraient être durablement exploitées et quelles sont les autres ressources importantes liées à l'eau qui peuvent être mises en valeur et, parallèlement, mettre en route des programmes de protection, de conservation et d'utilisation rationnelles et durables de ces ressources ».

pour être considérées comme relevant du champ d'application de cette Convention, les eaux souterraines doivent être reliées aux eaux de surface de façon à constituer un « ensemble unitaire »⁹⁹. Si l'on s'en tient à une stricte interprétation textuelle, les eaux souterraines captives, même traversées par une frontière, ne relèvent pas du champ d'application de la Convention, dont on peut donc dire qu'il n'est pas à la hauteur des normes générales en devenir sur le sujet, qui visent une utilisation et une gestion véritablement concertées de toutes les ressources en eau¹⁰⁰.

3.3.1. Le projet d'articles de la Commission du droit international sur les aquifères transfrontières (2008) et les Dispositions types de la Commission économique pour l'Europe sur les eaux souterraines transfrontières (2012)

Dans ce contexte, la Commission du droit international s'est de nouveau penchée sur la question des ressources naturelles partagées en 2002, avant d'adopter en 2008 le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières¹⁰¹, que l'Assemblée générale a examinés en 2008, 2011 et 2013 et dont elle a recommandé qu'ils soient portés à l'attention des gouvernements dans sa résolution 68/118 (2013)¹⁰².

S'éloignant des travaux préparatoires de la Convention sur les cours d'eau, ces projets d'articles ne font pas mention d'« eaux souterraines » ou d'« eaux souterraines captives », mais d'« aquifères », définis comme « une formation géologique perméable contenant de l'eau superposée à une couche moins perméable et l'eau contenue dans la zone saturée de cette formation » (alinéa a) de l'article 2). Cette approche, plus géologique qu'hydrologique, a été jugée contestable, y compris par les participants au processus ayant conduit à l'adoption de la Convention¹⁰³, en ce qu'elle réintroduisait des considérations relatives à la souveraineté, dépassées depuis longtemps dans le cadre du processus de formation du droit international de l'eau. Le débat a été particulièrement houleux s'agissant du projet d'article 3, dans lequel il est expressément affirmé que « [c]haque des États de l'aquifère exerce sa souveraineté sur la portion d'aquifère ou de système aquifère transfrontière située sur son territoire ».

L'idée selon laquelle un État devrait pouvoir revendiquer, de droit, la souveraineté d'une formation géologique située sur son territoire est défendable. Pour autant, la référence à la souveraineté dans les projets d'articles peut sembler injustifiée si l'on tient compte du fait que la définition d'« aquifère » inclut l'eau présente dans une telle formation, que l'eau fait l'objet de nombreux conflits d'intérêts entre États et qu'aucun instrument international antérieur de codification relatif aux eaux transfrontières ne fait mention d'une quelconque souveraineté de cette nature.

Quoi qu'il en soit, les projets d'articles constituent un précieux outil d'interprétation et d'application des principes fondamentaux du droit international de l'eau aux eaux souterraines captives. En effet, ils confirment, précisent et développent les règles existantes du droit international de l'eau avec lesquelles ils se

⁹⁹ Ainsi que le formule la Commission au paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 2, « [l']unité du système a aussi pour conséquence que le terme "cours d'eau" ne s'applique pas aux eaux souterraines "captives", c'est-à-dire aux eaux qui ne sont pas liées aux eaux de surface » (*Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 95).

¹⁰⁰ Pour une tour d'horizon de ces tendances émergentes, voir l'annexe (« Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation : eaux souterraines captives "sans rapport avec le cours d'eau" ») au deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par Robert Rosenstock, Rapporteur spécial (*Annuaire ... 1994*, vol. II (première partie)), paragraphes 17 à 32. Voir aussi le paragraphe 1 de l'annexe I (« Protocole relatif à la coopération israélo-palestinienne en matière de programmes économiques et de développement ») à la Déclaration de principes sur des arrangements intérimaires d'autonomie, signée à Washington le 13 septembre 1993, *International Legal Materials*, vol. 32, 1993, p. 1525 à 1544; et l'article 40 de l'annexe III (« Protocole relatif aux affaires civiles ») à l'Accord intérimaire israélo-palestinien sur la Cisjordanie et la bande de Gaza, signé à Washington le 28 septembre 1995, *International Legal Materials*, vol. 36, 1997, p. 551. Sur ce point, voir K.P. Scanlan, « The International Law Commission's First Ten Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses : Do They Adequately Address All the Major Issues of Water Usage in the Middle East? », *Fordham International Law Journal*, vol. 19, 1995, p. 2180 à 2229.

¹⁰¹ Voir le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixantième session (A/63/10), p. 19 à 86.

¹⁰² Au troisième alinéa de son préambule, la résolution 68/118 (2013) rappelle également les Dispositions types sur les eaux souterraines transfrontières.

¹⁰³ Voir S.C. McCaffrey, « The International Law Commission Adopts Draft Articles on Transboundary Aquifers », *American Journal of International Law*, vol. 103, 2009, p. 289. Voir également l'approche critique adoptée par O. McIntyre, « International water resources law and the International Law Commission Draft Articles on Transboundary Aquifers : A missed opportunity for cross-fertilisation? », *International Community Law Review*, vol. 13, 2011, p. 237 à 254. Pour un aperçu général, voir A. Tanzi, « Furthering International Water Law or Making a New Body of Law on Transboundary Aquifers? An Introduction », *International Community Law Review*, vol. 13, 2011, p. 193 à 208.

chevauchent, et les différences entre les deux sont complémentaires. Tel est notamment le cas des problèmes d'identification des aquifères (qui ne remontent pas avec les eaux de surface) : les définitions formulées dans le projet d'article 2 (« Termes employés ») s'avèrent alors particulièrement utiles.

La valeur ainsi ajoutée à la Convention par les projets d'articles conforte les principes fondamentaux qu'elle établit, s'agissant des particularités hydrogéologiques des eaux souterraines, mais également de leur importance croissante compte tenu des inquiétudes grandissantes suscitées dans le monde par la raréfaction de l'eau, la croissance démographique et les changements climatiques. Dans la même logique, les Dispositions types sur les eaux souterraines transfrontières de la Commission économique pour l'Europe concordent avec la formulation des projets d'articles de la Commission et constituent ainsi une bonne pratique dans leur mise en œuvre, fût-ce en termes généraux¹⁰⁴.

Les eaux souterraines constituant l'écrasante majorité de l'approvisionnement mondial en eau, il a été jugé nécessaire de veiller à combler une lacune, à savoir le fait que la plupart des accords existants sur l'eau se contentent de citer les eaux souterraines ou ne comprennent que quelques dispositions spécifiques les concernant¹⁰⁵. S'il existe bien des accords consacrés aux eaux souterraines, ceux-ci restent rares. Parmi ces exceptions, on notera la Convention relative à la protection, à l'utilisation, à la réalimentation et au suivi de la nappe souterraine franco-suisse du Genevois, signée en 2007 entre la Communauté d'agglomération de la région annemassienne, la Communauté de communes du Genevois, la Commune de Viry et la République, d'une part, et le canton de Genève, d'autre part, ainsi que l'Accord relatif à la gestion du système aquifère Guarani entre la République argentine, la République fédérative du Brésil, la République du Paraguay et la République orientale de l'Uruguay¹⁰⁶.

Il est à espérer que les projets d'articles et les Dispositions types, qui sont compatibles les uns avec les autres et, partant, se renforcent mutuellement, contribueront à sensibiliser les diplomates et les législateurs à l'importance stratégique des eaux souterraines, particulièrement lorsqu'elles présentent un caractère transfrontière, et favoriseront l'application des piliers normatifs du droit international de l'eau. À cette fin, les Dispositions types peuvent être utilisées par les parties à la Convention sur l'eau lorsqu'elles s'engagent dans des accords bilatéraux ou multilatéraux portant sur un bassin particulier ou des arrangements relatifs aux eaux souterraines transfrontières, ou qu'elles procèdent à leur examen. Ces accords peuvent prendre la forme d'un protocole additionnel à un accord existant sur l'eau qui ne fait pas expressément état des eaux souterraines, ou bien d'un accord totalement distinct. La deuxième solution serait d'ailleurs à privilégier dans le cas d'un accord relatif à des eaux souterraines qui n'ont aucun rapport avec les eaux de surface. De toute évidence, les États concernés pourraient adapter les Dispositions types à leurs besoins particuliers ou rédiger, au cas par cas, des dispositions plus précises ou plus contraignantes.

L'adoption des Dispositions types confirme le rapport fructueux entre droit impératif et droit non contraignant sur le plan législatif¹⁰⁷, grâce au cadre et au caractère institutionnel de la Convention sur l'eau et de sa Réunion des Parties, qui bénéficient d'une expertise à la fois juridique et scientifique. Ainsi, la Convention sur l'eau et les Dispositions types présentent une compatibilité normative parfaite, alors que la démarche qui a conduit à l'adoption des projets d'articles sur les aquifères transfrontières, distincte de celle ayant abouti à la Convention sur les cours d'eau, a soulevé les inquiétudes de certaines quant à sa compatibilité intégrale avec la Convention proprement dite¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Voir *supra*, note 96. Voir également A. Tanzi et A. Kolliopoulos, « The International Water Law Process and Transboundary Aquifers : The 2012 UNECE Model Provisions on Transboundary Groundwaters », in A. Tanzi et al. (dir.), *The UNECE Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes*, Brill Nijhoff, 2015.

¹⁰⁵ Voir par exemple, l'alinéa a) de l'article 6 a de la Convention sur la protection du Danube (*supra*, note 81)

¹⁰⁶ Consultables sur Internet aux adresses suivantes, respectivement : <http://www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/2008Franko-Swiss-Aquifer.pdf> (en français) et www.internationalwaterlaw.org/documents/regionaldocs/Guarani_Aquifer_Agreement-English.pdf (en anglais).

¹⁰⁷ Sur le droit non contraignant dans le processus de formation du droit de l'environnement, voir P.-M. Dupuy, « Soft law and the international law of the environment », *Michigan Journal of International Law*, vol. 12, 1991, p. 420 à 435; G. Palmer, « New Ways to Make International Environmental Law », *American Journal of International Law*, vol. 86, 1992, p. 259 à 283; K.W. Abbott et D. Snidal, « Hard and Soft Law in International Governance », *International Organization*, vol. 54, 2000, p. 421 à 456; A.E. Boyle, « Soft Law in International Law-making », in M.D. Evans (dir.), *International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2010), p. 122 à 140; D. Shelton, « Comments on the Normative Challenge of Environmental 'Soft Law' », in Société française pour le droit international, *Le droit international face aux enjeux environnementaux : Colloque d'Aix-en-Provence* (Paris, Pedone, 2010), p. 111 à 121; et S. Atapattu, « International Environmental Law and Soft Law : a New Direction or a Contradiction? », in C.M. Bailliet (dir.), *Non-state Actors, Soft Law and Protective Regimes : from the Margins* (Cambridge, Cambridge University Press, 2012), p. 200 à 226.

¹⁰⁸ Voir S.C. McCaffrey, *supra*, note 103; et A. Tanzi, *ibid.*

4. Les principes de fond

Les deux Conventions codifient les grands principes de fond du droit international de l'eau, à savoir l'obligation de ne pas causer de dommage et le principe d'utilisation et de participation équitables, et mettent à juste titre l'accent sur les liens étroits qui les unissent. De prime abord, la Convention sur les cours d'eau semble accorder davantage d'attention que la Convention sur l'eau aux principes régissant l'utilisation des cours d'eau internationaux, et moins au principe de coopération. Cette impression est confirmée par une lecture comparative des dispositions des deux Conventions qui établissent les principes généraux que sont l'utilisation équitable et l'obligation de ne pas causer de dommage. Gardons-nous toutefois d'en déduire que ces principes seraient considérés comme moins pertinents dans la Convention sur l'eau, dans son ensemble, que dans la Convention sur les cours d'eau, ou que leur teneur a fait l'objet d'un consensus moins large au sein des membres de la Commission économique pour l'Europe qu'à l'échelle mondiale. À y regarder de plus près, l'inverse est également vrai.

Les articles 5 à 7 de la Convention sur les cours d'eau sont le fruit d'un compromis obtenu suite à un débat principalement symbolique et rhétorique sur la question de savoir si le principe d'utilisation équitable est prioritaire vis-à-vis de l'obligation de ne pas causer de dommage, ou l'inverse. Les débats passionnés au sein de la Commission et lors des négociations finales à New York ont davantage porté sur la relation entre ces deux principes, comme s'ils étaient incompatibles entre eux, que sur leurs teneurs normatives respectives.

La Convention sur l'eau semble avoir retenu l'approche inverse. Ses « Dispositions générales » s'ouvrent par la formulation générale, au paragraphe 1 de l'article 2, de l'obligation de ne pas causer de dommage : « Les Parties prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir, maîtriser et réduire tout impact transfrontière ». Ce principe est développé au paragraphe 2 c) du même article :

Les Parties prennent, en particulier, toutes les mesures appropriées :

...

c) Pour veiller à ce qu'il soit fait un usage raisonnable et équitable des eaux transfrontières, en tenant particulièrement compte de leur caractère transfrontière, dans le cas d'activités qui entraînent ou risquent d'entraîner un impact transfrontière.

Plutôt que d'entériner la priorité de l'obligation de ne pas causer de dommage vis-à-vis du principe d'utilisation équitable, ce choix de rédaction conforte l'idée d'un cadre normatif de fond, unique et complexe, dont les deux règles, compte tenu de leurs liens étroits, font partie intégrante.

Ce cadre normatif est énoncé de façon plus précise et plus abstraite dans les « Dispositions générales » de la Convention sur l'eau que dans les dispositions équivalentes de la Convention sur les cours d'eau. Il convient toutefois de garder à l'esprit que la Convention sur l'eau prévoit dans ses dispositions et annexes, ainsi que dans plusieurs instruments non contraignants adoptés avant et après son entrée en vigueur¹⁰⁹, de nombreuses lignes directrices favorisant son application par les États et l'adaptation aux circonstances particulières d'un bassin donné, individuellement et conjointement, en coopération avec les États riverains. Ces lignes directrices sont bien plus nombreuses et détaillées que pour la Convention sur les cours d'eau. Ainsi, elles complètent utilement les obligations de faire preuve de toute la diligence voulue, qui incluent les principes généraux en jeu dans la Convention sur l'eau.

Un État qui respecte les règles normatives formant les obligations de faire preuve de toute la diligence voulue à l'égard de l'obligation de ne pas causer de dommage respecte également, par définition, la même obligation de diligence eu égard au principe d'utilisation équitable. D'ailleurs, les deux principes étant intégrés dans un même cadre normatif, l'inverse est également vrai. Cette conclusion se fonde sur l'hypothèse selon laquelle l'obligation de ne pas causer de dommage n'a pas exclusivement trait à des questions de qualité de l'eau et que l'application du principe d'utilisation équitable à ces questions démontre l'interdépendance entre ces deux grandes problématiques, comme nous le verrons ci-après. Ainsi, les deux Conventions se complètent

¹⁰⁹ Sur les interactions entre la Convention sur l'eau et les instruments non contraignants élaborés dans le cadre institutionnel de la Convention, voir A. Tanzi, *Italian Yearbook of International Law*, *supra*, note 5, p. 77 et suiv.

l'une l'autre en renforçant les principes de fond du droit international de l'eau dans un cadre normatif unique et indivisible.

4.1. L'obligation de prévenir les impacts transfrontières et les dommages significatifs

Le principe général qui sous-tend l'obligation de l'État d'utiliser son territoire souverain de façon à ne pas causer de dommage à un État voisin est étroitement lié aux notions générales d'abus de droits et de bon voisinage et vient du principe de droit romain *sic utere tuo ut alienum non laedas*¹¹⁰. Dans l'esprit de la célèbre affirmation prononcée dans la sentence rendue dans l'*Affaire de l'île de Palmas*¹¹¹, ce principe est inhérent au concept de souveraineté territoriale¹¹². Plus récemment, il a été appliqué en 1949 dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, dans laquelle la Cour internationale de Justice a réaffirmé l'opinion généralement acceptée en faisant mention de « l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »¹¹³. Cette position a été développée dans l'avis consultatif rendu par la Cour en 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, qui a établi l'obligation générale pour les États d'empêcher les activités menées sur leur territoire de causer des dommages à l'environnement d'autres États¹¹⁴.

L'obligation de ne pas causer de dommage figure dans les deux Conventions parmi les obligations imposant de faire preuve de toute la diligence voulue, ce qui est parfaitement compatible avec le droit coutumier, comme la Cour l'a récemment souligné dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* :

La Cour observe que le 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 » (*Affaire du Détroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie)*, fond, arrêt du 9 avril 1949, 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. 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)¹¹⁵.

Comme nous le verrons en temps utile, l'article 7 de la Convention sur les cours d'eau ne donne pas d'indices explicites quant à la teneur de « toutes les mesures appropriées » de prévention, alors que la Convention sur l'eau le fait.

C'est l'un des nombreux cas dans lequel la Convention sur l'eau complète celle sur les cours d'eau. Outre les considérations générales d'interprétation concernant le principe de l'harmonisation, conformément au

¹¹⁰ Voir F.J. Berber, *supra*, note 15, p. 195 à 223; J.G. Lammers, *supra*, note 37, p. 563 à 577; et J. Barberis, *supra*, note 97, p. 121 à 131. S'agissant des liens entre les trois principes en question, il convient de noter, d'une part, qu'il a été avancé que le principe de bon voisinage « ne représente qu'une expression du principe de l'abus de droits » (G. Handl, « Territorial Sovereignty and the Problem of Transnational Pollution », *American Journal of International Law*, vol. 69, 1975, p. 56); voir également A.P. Lester, « River Pollution in International Law », *American Journal of International Law*, vol. 57, 1963, p. 833; J.P. Dobbert, « Water Pollution and International River Law », *Yearbook of the American Arbitration Association (AAA)*, vol. 35, 1965, p. 81; et A. Nollkaemper (*supra*, note 37), p. 29. D'autre part, certains ont estimé que le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* relevait d'« une application de l'interdiction de l'abus de droit aux rapports de voisinage » (L. Caflisch et G. Ivanović Tunkin, *supra*, note 15, p. 136).

¹¹¹ « La souveraineté territoriale ne peut se limiter à son aspect négatif, c'est-à-dire au fait d'exclure les activités des autres États; car c'est elle qui sert à répartir entre les nations l'espace sur lequel se déploient les activités humaines, afin de leur assurer en tous lieux le minimum de protection que le droit international doit garantir » (*Affaire de l'île de Palmas (Pays-Bas c. États-Unis d'Amérique)*, sentence arbitrale, 4 avril 1928, p. 9).

¹¹² Voir J.O. Moermond et E. Shirley, « A Survey of the International Law of Rivers », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 16, 1987, p. 139 à 159.

¹¹³ Voir *Affaire du Détroit de Corfou*, *supra*, note 23, p. 22.

¹¹⁴ « 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 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, supra*, note 23, p. 242).

¹¹⁵ Voir *supra*, note 42, par. 101.

neuvième alinéa du préambule de la Convention sur les cours d'eau¹¹⁶, ses travaux préparatoires offrent des arguments particuliers en faveur d'une approche interprétative. Ainsi que la Commission l'a avancé, « [u]ne obligation de faire preuve de toute la diligence voulue, en tant que règle objective, peut être déduite de traités régissant l'utilisation de cours d'eau internationaux »¹¹⁷. À cette époque, la Convention sur l'eau est le seul traité multilatéral auquel fait référence la Commission et qui concerne tout particulièrement la réglementation des cours d'eau internationaux.

La pertinence de la Convention sur l'eau dans une interprétation complémentaire de la Convention sur les cours d'eau sur ce point est confortée par le fait que la formulation du paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention de 1992 coïncide largement avec celle du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de 1997. Par conséquent, on peut faire valoir que « toutes les mesures appropriées » dans un cas donné, c'est-à-dire les normes de diligence voulue établies de façon abstraite dans la disposition précitée de la Convention sur les cours d'eau, doivent être déterminées au cas par cas, à la lumière des principes directeurs plus spécifiques figurant dans la Convention sur l'eau, parmi lesquels la « meilleure technologie disponible »¹¹⁸, les « meilleures pratiques environnementales »¹¹⁹, l'« évaluation de l'impact sur l'environnement antérieure »¹²⁰ et le « principe de précaution »¹²¹.

4.1.1. Le type de dommage et le « seuil d'importance » relevant de l'obligation de prévention

Compte tenu des observations formulées au début du présent rapport sur l'interconnexion entre les questions de quantité et de qualité de l'eau et le caractère indivisible de leur réglementation internationale, la définition du concept d'impact transfrontière (impact préjudiciable, ou dommage) dans le cadre des deux Conventions s'entend comme incluant les dommages causés par une modification du débit de l'eau et par des pollutions liées à des actions ou omissions imputables aux États concernés. Il ressort clairement de la définition de l'expression « impact transfrontière » au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention sur l'eau et d'une interprétation contextuelle des articles 5 à 7 et de la quatrième partie (« Protection, préservation et gestion ») de la Convention sur les cours d'eau que l'obligation de prévention englobe ces deux problématiques.

En vertu des deux instruments, le seuil de dommages non acceptables n'est pas si bas au point d'inclure tout degré de dommage perceptible, mais uniquement les dommages de nature « importante ». Cette formulation de l'obligation de ne pas causer de dommage n'est pas nouvelle¹²². Toutefois, quel que soit l'adjectif qualifiant les dommages auxquels cette obligation s'applique, il n'est pas d'une grande utilité pour évaluer *in concreto* la nature exacte et l'étendue des dommages à prévenir¹²³. Tout adjectif, de par sa nature même, ne saurait être que général et abstrait, alors que des normes concrètes (pourcentage de pollution acceptable par mètre cube d'eau assorti d'une liste de polluants autorisés, ou paramètres précis de modification acceptable de la quantité d'eau par rapport au débit existant lors de toute nouvelle utilisation du cours d'eau) n'auraient

¹¹⁶ Voir *supra*, chapitre 1, notes 1 à 9.

¹¹⁷ Paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 7, *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 109.

¹¹⁸ Voir le par. 1 f) de l'art. 3, qui prévoit le « recour[s] à la meilleure technologie disponible » parmi les « mesures appropriées ... pour réduire les apports de nutriments de sources industrielles et urbaines » comme l'un des éléments de l'obligation de prévenir, de maîtriser et de réduire ». Voir également l'annexe I (« Définition de l'expression "meilleure technologie disponible" »).

¹¹⁹ Voir le par. 1 g) de l'art. 3, qui prévoit que soient mises au point et appliquées « des mesures appropriées et les meilleures pratiques environnementales en vue de réduire les apports de nutriments et de substances dangereuses provenant de sources diffuses, en particulier lorsque la principale source est l'agriculture ». Voir aussi l'annexe II (« Lignes directrices pour la mise au point des meilleures pratiques environnementales »).

¹²⁰ Sur l'obligation de disposer d'une « évaluation de l'impact sur l'environnement antérieure », considérée comme indispensable à l'adoption de mesures appropriées de prévention, de contrôle et de réduction des dommages transfrontières, voir P.W. Birnie et A.E. Boyle, *supra*, note 50, p. 93; P.N. Okowa, *supra*, note 54; S.C. McCaffrey, *supra*, note 15, p. 464 à 481; et O. McIntyre, *supra*, note 37, p. 317 à 358.

¹²¹ Sur le principe de précaution, voir T. Scovazzi, « Sul Principio precauzionale nel diritto internazionale dell'ambiente », *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 3, 1992, p. 699 à 705; D. Freestone, « The Precautionary Principle » (*supra*, note 50); et D. Freestone et E. Hey (*supra*, note 52). Sur la consolidation du principe de précaution en tant que règle de droit coutumier général, voir H. Hohmann (*supra*, note 50); P. Sands (*ibid.*), p. 212 à 213; et J. Cameron et J. Abouchar (*ibid.*). Une position bien plus prudente est adoptée par G. Handl (*ibid.*) et P.W. Birnie et A.E. Boyle (*ibid.*), p. 98.

¹²² Voir K. Sachariew, « The Definition of Thresholds of Tolerance for Transboundary Environmental Injury under International Law : Development and Present Status », *Netherlands International Law Review*, vol. 37, 1990, p. 193 à 206; A. Nollkaemper (*supra*, note 37), p. 35 à 39; et A. Tanzi et A. Kolliopoulos (*supra*, note 104).

¹²³ Un grand scepticisme quant à l'utilité d'adjectifs qualifiant le seuil de dommages acceptable a été exprimé par K. Zemanek, « State Responsibility and Liability », in W. Lang, H. Neuhold et K. Zemanek (dir.), *Environmental Protection and International Law* (Londres et Boston, Graham and Trotman et Martinus Nijhoff, 1991), p. 196.

pas leur place dans des traités multilatéraux de nature générale, les normes et paramètres adaptés aux circonstances hydrologiques, économiques et sociales de certains cours d'eau ne l'étant pas forcément pour d'autres.

Le terme « significatif » reste toutefois pertinent pour évaluer le seuil de dommages acceptables, puisqu'il semble donner expression à la fameuse « règle *de minimis* », qui, « dérivée du principe général de "bon voisinage", prévoit l'obligation de passer sur les inconvénients mineurs et insignifiants »¹²⁴. En outre, il est fondamental d'établir le degré de dommages acceptables pour donner effet à l'obligation de prévention énoncée par les deux Conventions. S'agissant plus particulièrement de la Convention sur les cours d'eau, cette étape est également nécessaire pour donner effet à l'obligation de ne pas causer de dommage *ex post*, c'est-à-dire, après la survenue du dommage. En pareil cas, l'évaluation du « seuil d'importance » est un prérequis à l'application du paragraphe 2 de l'article 7 et des règles générales de responsabilité de l'État, selon lesquels les dommages significatifs sont le résultat d'une violation de l'obligation de faire preuve de toute la diligence voulue en matière de prévention visée au paragraphe 1 de l'article 7.

Il ressort des travaux préparatoires de la Convention sur les cours d'eau que des dommages significatifs surviennent s'il y a « une véritable atteinte à l'utilisation » du cours d'eau pour l'État affecté¹²⁵. Selon la Commission, cette expression sous-entend « un effet nocif de quelque importance — par exemple sur la santé publique, l'activité industrielle, les biens, l'agriculture ou l'environnement — dans l'État affecté »¹²⁶. Cette formulation peut donner des indications à la fois compatibles avec le principe d'utilisation équitable et les facteurs d'évaluation visés aux articles 5 et 6 de la Convention sur les cours d'eau, et complémentaires à ceux-ci.

L'objet principal des deux Conventions étant de promouvoir les efforts conjoints entre États riverains, la définition du « seuil d'importance » pour un cours d'eau donné doit être effectuée par la voie de la coopération et, en particulier, par l'intermédiaire d'accords établissant des paramètres plus précis. Il convient de garder à l'esprit que le véritable objectif de l'établissement du « seuil acceptable » est d'assister les États dans l'adoption de mesures législatives et administratives nationales de prévention jugées « appropriées » d'un point de vue international.

Dans la Convention sur les cours d'eau, cette perspective internationale se limite aux principes généraux que sont l'utilisation équitable et l'obligation de ne pas causer de dommage, qui doivent être appliqués par les États au cas par cas, individuellement ou en coopération avec les riverains concernés. Dans la Convention sur l'eau, la perspective internationale est définie de manière plus spécifique par référence aux normes de fond qui forment les obligations de faire preuve de toute la diligence voulue en matière d'utilisation équitable et de prévention, et eu égard à l'obligation de coopération. L'article 9 de la Convention sur l'eau exige d'ailleurs des États riverains qu'ils concluent des « accords ou arrangements » prévoyant la création d'organes communs, chargés entre autres de « [d]éfinir des objectifs et des critères communs de qualité de l'eau »; l'annexe III prévoit d'ailleurs un ensemble de lignes directrices à cet effet.

Le paragraphe 3 de l'article 21 de la Convention sur les cours d'eau établit une obligation moins contraignante de :

... se consulte[r] en vue d'arrêter des mesures et méthodes mutuellement acceptables pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution telles que :

- a) Définir des objectifs et des critères communs concernant la qualité de l'eau;
- b) Mettre au point des techniques et des pratiques pour combattre la pollution de sources ponctuelles ou diffuses;
- c) Établir des listes de substances dont l'introduction dans les eaux d'un cours d'eau international doit être interdite, limitée, étudiée ou contrôlée.

¹²⁴ Voir E. Jiménez de Aréchaga, *supra*, note 16, p. 194. Johan Lammers, qui fait valoir que « le droit du voisinage ou le principe de bon voisinage entraîne également une obligation de tolérer, dans une certaine mesure, les effets dommageables d'activités qui ne sont pas à proprement parler illicites menées dans des États voisins », illustre la diversité des positions quant à la teneur légale de pareille obligation (*supra*, note 37, p. 568).

¹²⁵ Voir par. 14 du commentaire du projet d'article 3, première disposition de la Convention à employer le terme « significatif » (*Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 99).

¹²⁶ Voir par. 5 du commentaire du projet d'article 8, (*Annuaire ... 1988*, vol. II (deuxième partie), p. 38).

La mise en place d'objectifs et de critères concernant la qualité de l'eau d'un cours d'eau donné est essentielle pour établir le « seuil d'importance » applicable en l'espèce. Si la coopération à cet égard joue un rôle fondamental dans les deux instruments, la Convention sur l'eau propose des lignes directrices plus détaillées, qui complètent la Convention sur les cours d'eau. Les principales différences entre les deux instruments s'agissant des formes que doit prendre cette coopération seront abordées en temps utile¹²⁷.

4.1.2. Le régime des conséquences juridiques d'un impact transfrontière, de dommages significatifs ou d'une utilisation inéquitable

Les conséquences juridiques de la survenue d'un dommage sont l'un des rares domaines dans lesquels la Convention sur les cours d'eau fournit plus d'indications normatives que la Convention sur l'eau. Cette dernière établit des normes réglementaires plus détaillées sur l'obligation de prévention, qui est uniquement complétée par une obligation de coopération institutionnelle. Dans ce contexte réglementaire, les règles applicables aux conséquences des problèmes rencontrés au cours de l'application ont dû sembler moins urgentes, puisque le cadre institutionnel de la Convention sur l'eau, qui comprend la Réunion des Parties, les commissions mixtes et les autres institutions établies en vertu de l'article 9, constitue un ensemble d'instances coopératives chargées de traiter des questions liées à l'application et à la conformité. Il apparaît donc moins nécessaire de disposer de règles de procédure, et encore moins d'un régime de responsabilité de l'État.

L'article 7 confirme que les rédacteurs de la Convention sur l'eau ont souhaité reporter ce point, sans en exclure son intérêt de principe, puisqu'il affirme que « [l]es Parties appuient les initiatives internationales appropriées visant à élaborer des règles, critères et procédures concernant la responsabilité ». Le silence de la Convention quant à la responsabilité

a été interprété comme témoignant de la réticence des rédacteurs à supposer que le principe coutumier relatif à la responsabilité en cas de violations d'obligations conventionnelles pourrait s'appliquer à ces Conventions¹²⁸.

Pareilles considérations méritent une sérieuse réflexion stratégique. Aux fins de la présente analyse juridique, il peut être avancé que, d'une part, elles sont contredites par l'article 22 de la Convention sur l'eau, qui prévoit, fût-ce à titre facultatif, le règlement des différends liés à l'application ou à l'interprétation de la Convention par voie arbitrale ou judiciaire, dans la mesure où la décision rendue constitue un jugement quant à la licéité ou à l'illégalité de la conduite d'un État, c'est-à-dire quant à sa responsabilité pour un fait internationalement illicite présumé. Pour autant, ces considérations semblent confirmées par le fait que seuls cinq des 39 États parties à la Convention ont accepté l'un des moyens facultatifs de règlement des différends figurant au paragraphe 2 de l'article 22¹²⁹ et que seuls trois des 35 États parties à la Convention sur les cours d'eau ont reconnu l'un des mécanismes équivalents visés au paragraphe 10 de l'article 33¹³⁰. Ce point sera abordé de façon plus détaillée ci-après dans le cadre du règlement des différends¹³¹ et de l'internalisation de la responsabilité¹³². Le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention sur les cours d'eau, en particulier, vise avant tout à régir les conséquences juridiques des dommages lorsque toutes les mesures de diligence voulue ont été prises, hors du cadre des règles secondaires de responsabilité de l'État, déclenchées par la violation d'une obligation internationale. Ce régime juridique forme les règles de droit international dites de la responsabilité de l'État pour des faits qui ne sont pas interdits par le droit international¹³³.

La Convention sur les cours d'eau réglemente plus largement les conséquences de la survenue de dommages, sans tenir compte des règles secondaires de responsabilité de l'État pour comportement illicite car, contrairement à la Convention sur l'eau, elle ne prévoit pas d'obligation de coopération institutionnelle visant à prévenir, maîtriser et réduire l'impact transfrontière dans le cadre de laquelle les États riverains règlent, dans un esprit de coopération, les problèmes découlant de la survenue de dommages transfrontières.

¹²⁷ Voir *infra*, chapitre 5.

¹²⁸ M. Koskenniemi, « Peaceful Settlement of Environmental Disputes », *Nordic Journal of International Law*, vol. 60, 1991, p. 80.

¹²⁹ L'Autriche, la Lituanie, les Pays-Bas et la Serbie.

¹³⁰ La Hongrie et les Pays-Bas.

¹³¹ Voir *infra*, chapitre 7.

¹³² Voir *infra*, section 4.2.

¹³³ Voir A. Tanzi, *supra*, note 10.

En substance, le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention sur les cours d'eau porte sur la question des conséquences liées à la survenue de dommages dans le cadre de l'obligation de se consulter. Bien entendu, les négociations qui ont conduit à l'adoption de cette disposition ont coïncidé dans une large mesure avec des « initiatives ... visant à élaborer des règles, critères et procédures concernant la responsabilité » en vertu de l'article 7 de la Convention sur l'eau. Eu égard au régime de responsabilité de l'État pour les conséquences de dommages licites, qui surviennent alors même que toutes les mesures de prévention appropriées ont été prises, la Convention sur les cours d'eau s'avère complémentaire à la Convention sur l'eau. Sa pertinence est renforcée par le fait qu'elle atteste du droit coutumier en vertu d'un raisonnement bien établi dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

Le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention sur les cours d'eau se lit comme suit :

Lorsqu'un dommage significatif est néanmoins causé à un autre État du cours d'eau, les États dont l'utilisation a causé ce dommage prennent, en l'absence d'accord concernant cette utilisation, toutes les mesures appropriées, en prenant en compte comme il se doit les dispositions des articles 5 et 6 et en consultation avec l'État touché, pour éliminer ou atténuer ce dommage et, le cas échéant, discuter de la question de l'indemnisation.

L'élément à retenir de cette disposition est qu'une utilisation provoquant un dommage significatif à d'autres États du cours d'eau n'est pas interdite à proprement parler. Par conséquent, elle ne peut engager une quelconque responsabilité pour fait illicite, à moins que le dommage causé soit considéré comme étant la conséquence d'une négligence imputable à l'État d'origine¹³⁴. On retrouve le même cadre conceptuel dans la Convention sur l'eau, dans laquelle l'obligation de prévention visée au paragraphe 1 de l'article 2 est rédigée en termes de diligence voulue.

Aux termes de la disposition précitée de la Convention sur les cours d'eau, le dommage causé « malgré l'exercice de la diligence requise et dans un souci d'utilisation équitable » emporte des conséquences juridiques générales¹³⁵ qui, faute de réponse de l'État d'origine, supposent la commission d'un fait internationalement illicite. Il ressort d'une lecture systématique des articles 5, 6 et 7 que le respect des obligations primaires qui forment les conséquences juridiques de pareil dommage doit être considéré comme un facteur *ex post* aux fins d'établissement du caractère équitable d'une utilisation donnée.

En substance, le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention sur les cours d'eau établit une obligation supplémentaire de faire preuve de toute la diligence voulue, à savoir une obligation primaire déclenchée par la survenue du dommage, malgré le respect par l'État d'origine de l'obligation de diligence visée au paragraphe 1 du même article¹³⁶. Il importe de noter qu'en précisant que l'objectif de la nouvelle obligation de faire preuve de toute la diligence voulue est « l'élimination ou l'atténuation » du dommage causé, la disposition concernée ne laisse pas à l'État causant le dommage la possibilité de choisir l'une ou l'autre des marches à suivre. En effet, l'obligation de prendre toutes les mesures appropriées pour atténuer le dommage causé n'intervient qu'une fois que l'élimination du dommage s'est avérée impossible. Si cette approche ne ressortait pas clairement du libellé de la disposition, elle a été explicitée par une déclaration interprétative du Groupe de travail plénier chargé d'élaborer une convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, établi au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale (ci-après, le « Groupe de travail ») : « [d]ans la mesure où les mesures requises par le paragraphe 2 de l'article 7 n'éliminent pas le dommage, les mesures requises par le paragraphe 2 de l'article 7 seront prises pour atténuer le dommage »¹³⁷.

Le paragraphe 2 de l'article 7 exige également que les mesures prises en vue d'éliminer ou d'atténuer le dommage soient adoptées « en prenant en compte comme il se doit les dispositions des articles 5 et 6 ». Ce libellé, proposé en remplacement de l'expression « compatibles avec les articles 5 et 6 », est le fruit d'un des débats les plus enflammés du cycle final des négociations menées à New York, ce point étant considéré

¹³⁴ Voir également S.C. McCaffrey, *supra*, notes 15 et 71; et O. McIntyre, *supra*, note 37, p. 87 à 120.

¹³⁵ Aux fins de la présente analyse, la diligence dans l'utilisation d'un cours d'eau international est examinée en association avec le caractère équitable, en prenant pour hypothèse que « le dommage transfrontière résultant d'un manquement à l'exercice de toute la diligence voulue constituera aussi, en toute vraisemblance, un manquement à l'utilisation équitable de la ressource (J. Brunnée et S.J. Toope, *supra*, note 43, p. 63 à 64).

¹³⁶ L'usage du terme « néanmoins », introduit à un stade très avancé des débats par le Président du Groupe de travail (A/C.6/51/NUW/CRP.94) sur la base des propositions du Royaume-Uni et de l'Italie (note de l'auteur), permet de formuler cette conclusion.

¹³⁷ Voir *supra*, note 68, par. 8.

comme essentiel dans l'équilibre *in abstracto* entre le principe de l'utilisation équitable et l'obligation de ne pas causer de dommage¹³⁸. On pourrait croire à de simples subtilités de rédaction; or, il convient de noter que le libellé original aurait largement privé le paragraphe 2 de l'article 7 de son caractère normatif. En effet, en se fondant sur l'expression « compatibles avec les articles 5 et 6 », on pourrait déraisonnablement faire valoir que, si le dommage résultait d'une activité dont on pouvait avancer qu'elle était compatible avec les critères de diligence voulue visés au paragraphe 1 de l'article 7 (considérés comme ayant la même valeur que les articles 5 et 6), aucune autre mesure de diligence voulue n'aurait été requise après sa survenue. À l'inverse, la formulation qui sera définitivement adoptée à New York fixe un cadre de référence pour les consultations entre les États concernés en vue de convenir de mesures potentiellement différentes de celles requises pour la prévention et qui visent l'élimination ou l'atténuation du dommage.

Cette réglementation par la Convention sur les cours d'eau des conséquences du dommage transfrontière découlant d'une situation qui n'est pas illicite en soi est compatible avec la logique qui sous-tend la Convention sur l'eau s'agissant de l'obligation de « prévenir, maîtriser et réduire tout impact transfrontière » (paragraphe 1 de l'article 2). Rappelons toutefois qu'en vertu de la Convention sur l'eau, les problèmes liés à la survenue d'un dommage doivent normalement être résolus dans le cadre d'institutions communes. Par conséquent, à des fins d'interprétation et d'application, les considérations relatives aux conséquences juridiques de la survenue de dommages sans caractère illicite en vertu de la Convention sur les cours d'eau peuvent constituer des lignes directrices complémentaires au sein du cadre institutionnel établi par la Convention sur l'eau. Elles peuvent également servir de mandat en vue de négociations bilatérales lorsque la coopération dans un tel cadre ne semble plus viable.

4.1.3 L'indemnisation comme conséquence de la survenue de dommages et facteur de l'évaluation de l'utilisation équitable

Bien que l'indemnisation soit un élément essentiel de l'obligation de réparation découlant d'un fait internationalement illicite¹³⁹ en vertu du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention sur les cours d'eau, elle ne fait pas partie des modes de réparation en cas d'activité illicite¹⁴⁰ et n'est pas non plus l'objet d'une obligation primaire déclenchée automatiquement par la survenue d'un dommage licite, ce qui serait le cas si cette disposition suivait une approche de responsabilité objective.

La différence entre l'indemnisation dans cette disposition et l'indemnisation en tant que réparation dans le contexte du droit de la responsabilité de l'État repose sur le fait que, dans le premier cas, elle ne trouve pas son origine dans un comportement internationalement illicite. Contrairement à ce qui se passerait dans une logique de responsabilité objective, l'indemnisation visée par la Convention ne fait pas l'objet d'une obligation absolue déclenchée par la survenue du dommage, mais est un corollaire de l'obligation auxiliaire de consultation visant à équilibrer les intérêts des États concernés¹⁴¹. À cet égard, ainsi qu'on le verra ci-après, l'indemnisation peut devenir *ex post facto* l'un des facteurs essentiels pour établir le caractère équitable et raisonnable d'une utilisation donnée. Cette perspective conforte la raison d'être de la présente

¹³⁸ Voir A. Tanzi, « The Completion of the Preparatory Work for the UN Convention on the Law of International Watercourses », *Natural Resources Forum*, vol. 21, 1997, p. 241.

¹³⁹ Voir respectivement D. Shelton, « Reparations », *Max Planck Encyclopedia (supra, note 10)*, vol. VIII, p. 883 à 893; et S. Wittich, « Compensation », *ibid.*, vol. II, p. 499 à 508.

¹⁴⁰ Au paragraphe 2 du commentaire de ce qui était alors l'article 5 (« Responsabilité »), la Commission indique que « lorsqu'un État exerce des activités qui sont susceptibles de causer et qui causent effectivement des dommages transfrontières significatifs — même si elles-mêmes ou leurs effets ne sont pas illicites —, la question de l'indemnisation du dommage se pose, et c'est avant tout cet élément qu'englobe le terme "responsabilité". En dehors du domaine de la responsabilité des États, il ne s'agit pas d'une question de réparation [...] Mais l'indemnisation ou une autre forme de réparation (un changement, par exemple, dans l'exploitation de l'activité, destiné à éviter ou à réduire au minimum les dommages dans l'avenir) devrait en principe être disponible. Sinon, les États seraient en mesure de faire partiellement retomber les coûts de leurs activités, sans indemnité, sur des tierces parties qui ne tirent aucun profit de ces activités, qui n'ont aucune emprise sur leur survie éventuelle, mais qui subissent le dommage transfrontière significatif » (*Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 121).

¹⁴¹ Voir paragraphe 24 du commentaire du projet d'article 7, (*Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 111), en particulier puisque le projet d'article ne diffère que très peu du texte final. La notion d'indemnisation figure également au paragraphe 2 de l'article 16 de la Convention : « Pour tout État qui n'a pas répondu à la notification qui lui a été adressée pendant le délai prévu à l'article 13, le montant de l'indemnisation demandée peut être amputé des dépenses encourues par l'État auteur de la notification au titre des mesures qui ont été entreprises après l'expiration du délai de réponse et qui ne l'auraient pas été si le premier État y avait fait objection en temps voulu ».

section relative aux principes généraux, l'obligation de ne pas causer de dommage et le principe d'utilisation équitable s'inscrivant dans un cadre normatif unique et indivisible.

Ces distinctions quant aux aspects juridiques de l'indemnisation ont une importance qui est loin d'être simplement théorique. Le cadre conceptuel de la Convention a une incidence sur le montant de l'indemnité, qui doit être fixé à l'amiable et au cas par cas, et potentiellement sur la probabilité que le dommage déclenche des effets préjudiciables permanents. En outre, il ne faut pas sous-estimer l'importance symbolique accordée par les États, par principe, à la formulation du droit international dans leurs interactions¹⁴². Sur le plan pratique, l'État d'origine sera davantage disposé à négocier une indemnisation dans un esprit d'ouverture, dans le cadre juridique établi par la disposition dont il est question, qu'il ne le serait en réponse à une demande d'indemnisation intégrale fondée sur la responsabilité de l'État ou la responsabilité objective.

Le libellé du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention sur les cours d'eau offre également aux parties à un différend réel ou potentiel en matière de droit de l'eau un cadre de référence en vue de parvenir à un règlement mutuellement acceptable quant à l'ampleur, voire à la nature, de l'indemnisation requise pour équilibrer les intérêts en jeu. Il ne fixe toutefois pas de critères rigides préétablis, ce qui serait le cas dans le cadre d'un régime de responsabilité de l'État¹⁴³, en vertu duquel la valeur intégrale des dommages causés serait le point de départ d'éventuelles négociations, quitte à l'écartier à un stade ultérieur du processus¹⁴⁴. La situation serait similaire dans une logique de « responsabilité objective », avec un facteur aggravant : l'indemnisation intégrale du dommage serait réclamée sans qu'il soit nécessaire d'établir le caractère illicite de l'activité à l'origine du dommage¹⁴⁵.

Comme on pouvait le prévoir, l'indemnisation voulue comme moyen d'équilibrer les intérêts en jeu pourrait contribuer à l'évaluation ultérieure du caractère équitable d'une utilisation donnée. Cet argument a été explicitement formulé par l'Institut de droit international dans sa résolution sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation)¹⁴⁶ et au paragraphe 2 j) de l'article V des Règles d'Helsinki, adoptées par l'Association de droit international en 1967, qui prévoient parmi les facteurs pertinents de l'utilisation équitable « la possibilité de verser des indemnités à un ou plusieurs autres États du bassin en tant que moyen de régler les conflits pouvant s'élever au sujet des utilisations » (paragraphe 2 j) de l'article V)¹⁴⁷. Ce concept n'est pas exclu dans le texte de la Convention sur les cours d'eau, puisque la liste des facteurs pertinents pour établir l'utilisation équitable d'un cours d'eau international en vertu de l'article 6

¹⁴² Voir L. Henkin, *How Nations Behave*, 2^e éd. (New York, Columbia University Press, 1997), p. 52.

¹⁴³ Au cours de la rédaction de la Convention sur les cours d'eau, la Commission a estimé que les dispositions relatives à la « responsabilité internationale » dans les projets d'articles de 1996, y compris les articles 21 (« Nature et ampleur de l'indemnisation ou autre réparation ») et 22 (« Facteurs à prendre en considération dans les négociations ») avaient pour but d'aider les États à établir de façon mutuellement acceptable l'ampleur et la nature de l'indemnisation : « [C]es articles ... sont formulés avec beaucoup de souplesse et n'imposent pas d'obligations catégoriques » (par. 3 du commentaire du projet d'article 5, *Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 122). Il convient de noter que parallèlement à l'élaboration de la Convention sur les cours d'eau, la Commission du droit international faisait référence aux dispositions figurant au chapitre III des projets d'articles de 1996 sur la « responsabilité internationale », dont l'article 21 faisant mention de « la nature et l'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation » et l'article 22 des « facteurs à prendre en considération dans les négociations » visait à ce que les parties parviennent à établir de façon mutuellement acceptable la nature et l'ampleur de l'indemnisation, soulignant qu'ils « [étaient] formulés avec beaucoup de souplesse et n'impos[ai]ent pas d'obligations catégoriques » (ibid.).

¹⁴⁴ Voir l'article 36 (« Indemnisation ») des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, dont l'Assemblée générale a recommandé qu'ils soient portés à l'attention des gouvernements dans sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001.

¹⁴⁵ Au paragraphe 3 du commentaire du projet d'article 5 (« Responsabilité internationale ») qu'elle a adopté provisoirement en 1996, la Commission a fait observer que « la responsabilité sans faute pour toutes les pertes entraînées par les activités licites menées sur le territoire d'un État ou sous sa juridiction ou son contrôle serait difficile, sinon impossible, à poser. Bien entendu, une telle règle pourrait trouver sa place dans une convention, mais cela n'indique pas nécessairement que la règle du droit international général serait séparée de la convention [...] [E]n cas de survenance d'un dommage transfrontière significatif, quand bien même il résulterait d'une activité licite et quand bien même le risque n'en aurait pas été perçu avant sa survenance, la question de l'indemnisation ou autre réparation n'est pas pour autant à exclure. Il n'y a pas de règle, en pareille circonstance, qui exige que l'État tiers affecté supporte le préjudice » (*Annuaire ... 1996*, vol. II (deuxième partie), p. 121 à 122).

¹⁴⁶ L'article 3 de la résolution de l'Institut de droit international sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation), adoptée à Salzbourg en 1961, prévoit que les désaccords entre États du cours d'eau concernant les conflits d'utilisations doivent être réglés « sur la base de l'équité, en tenant compte notamment de leurs besoins respectifs, ainsi que des autres circonstances propres au cas d'espèce »; l'article 4 va même jusqu'à préciser que pour qu'un État puisse licitement procéder à une nouvelle utilisation d'un cours d'eau international, il doit verser aux États riverains affectés une partie des bénéfices tirés de cette utilisation, sur la base de l'équité « ainsi qu'une compensation adéquate pour les pertes et dommages subis » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 49 (2), 1961, p. 382).

¹⁴⁷ Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, in Association de droit international, *Report of the Fifty-Second Conference*, p. 487. Consultable sur Internet en anglais à l'adresse www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/Helsinki_Rules_with_comments.pdf.

n'est pas exhaustive; en outre, il est compatible avec une interprétation systématique de la Convention, qui vise la justice distributive. À cet égard, la Convention sur les cours d'eau coïncide avec l'importance générale qu'accorde la Convention sur l'eau à la coopération.

Si l'on suit cette logique, bien que le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention sur les cours d'eau fonctionne clairement *ex post* s'agissant de la survenue d'un dommage significatif, sa mention expresse de la question de l'indemnisation se prête à l'interprétation : l'indemnisation pourrait également être examinée d'un point de vue *ex ante* dans le cas d'une nouvelle utilisation. L'article 17 établit une obligation de consultation et de négociation lorsqu'un État considère « que la mise en œuvre des mesures projetées serait incompatible avec les dispositions des articles 5 ou 7 »; l'article 11 appelle même à des consultations et à des négociations au sujet « des effets éventuels des mesures projetées sur l'état d'un cours d'eau international ». Ces critères s'appliqueraient d'autant plus aux organes communs visés au paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention sur l'eau.

Ce choix de l'indemnisation préalable¹⁴⁸ est clairement conforté par la pratique internationale. À titre d'exemple, le Traité sur le bassin du fleuve Columbia de 1961 prévoit une répartition des bénéfices entre les parties, notamment sous la forme d'une indemnisation en nature, payée d'avance, au titre de l'inondation de certaines régions du Canada¹⁴⁹. Ainsi, notamment s'agissant de l'utilisation de cours d'eau internationaux, l'indemnisation n'a pas forcément besoin d'être de nature financière¹⁵⁰. L'accord conclu en 1959 entre l'Inde et le Népal concernant la coopération sur le fleuve Gandak pour la production, la transmission et la distribution d'hydroélectricité¹⁵¹ en est un autre exemple : dans le cadre de cet accord, l'Inde était chargée de la construction et de l'exploitation d'une centrale hydroélectrique et de la transmission d'électricité vers le territoire indien, en contrepartie d'une certaine quantité d'énergie réservée au Népal, tandis que le Népal était chargé de la construction et de l'exploitation des installations de transmission et de la distribution de l'électricité qui lui était réservée. La coopération entre le Canada et les États-Unis d'Amérique dans le domaine de l'eau en vertu du Traité sur le bassin du fleuve Columbia de 1961, négocié et conclu au regard du vaste potentiel hydroélectrique du fleuve, propose un modèle similaire¹⁵², tout comme l'Accord de 1973 entre le Brésil et le Paraguay relatif au fleuve Paraná concernant le barrage Itaipu, qui approvisionne en eau l'une des plus grandes centrales hydroélectriques au monde¹⁵³.

Par conséquent, notamment lorsque l'indemnisation ne se limite pas à une contrepartie financière, le concept se confond avec celui de la répartition équitable des avantages, établissant ainsi un nouveau lien entre l'application de l'obligation de ne pas causer de dommage et le principe d'utilisation et de participation

¹⁴⁸ Cette logique est confortée par l'interprétation que fait E. Jiménez de Aréchaga de l'obligation de ne pas causer de dommage : « Ce principe comporte un autre aspect : l'obligation de prévenir le dommage et de convenir de mesures appropriées avant sa survenue » (*supra*, note 16, p. 195).

¹⁴⁹ Dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe, voir notamment l'Accord relatif aux eaux frontières de 1964 entre la République de Finlande et l'Union des Républiques socialistes soviétiques (Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 537, n° 7804). Voir aussi A.T. Belinskij, « Cooperation between Finland and the Russian Federation », in A. Tanzi *et al.* (dir.), *The UNECE Convention ...* (*supra*, note 104).

¹⁵⁰ W. Bush, « Compensation and the Utilization of International Rivers and Lakes : The Role of Compensation in the Event of Permanent Injury to Existing Uses of Water », in R. Zacklin *et al.* (dir.), *The Legal Regime of International Rivers and Lakes* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1981), p. 309.

¹⁵¹ Accord entre le Gouvernement du Népal et le Gouvernement de l'Inde relatif au projet d'utilisation des eaux du Gandak pour l'irrigation et la production d'énergie, signé à Katmandou le 4 décembre 1959, in Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation (New York, Nations Unies, 1963), traité n° 96.

¹⁵² Traité relatif à la mise en valeur des ressources hydrauliques du bassin du fleuve Columbia (Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 542, no 7894). Le Canada et les États-Unis ont ratifié le Traité sur le bassin du fleuve Columbia afin de gérer et de coordonner la maîtrise des crues et d'optimiser la production d'énergie hydroélectrique dans le bassin du fleuve Columbia. Le Canada a construit trois barrages de retenue (Hugh Keenleyside, Duncan et Mica) et les États-Unis un quatrième (Libby). L'accord prévoit également qu'en contrepartie de la retenue des eaux, le Canada aura droit à la moitié de l'électricité supplémentaire produite par les centrales électriques américaines installées sur le fleuve Columbia. Des informations complémentaires sont consultables sur les sites Internet respectifs du Centre for Columbia River History et du Columbia Basin Trust aux adresses suivantes : www.ccrh.org et www.cbt.org/crt.

¹⁵³ Traité concernant la mise en valeur hydro-électrique des eaux du Paraná relevant de la souveraineté commune du Brésil et du Paraguay à partir du Salto Grande de Sete Quedas ou Salto del Guairá jusqu'à l'embouchure de l'Iguaçu (Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 923, no 13164). Le barrage Itaipu fournit respectivement 17,3 et 72,6 % de l'énergie consommée au Brésil et au Paraguay. Il est doté de 20 unités de production et de 14 000 MW de capacité installée, partagée à égalité entre les deux pays. Une partie qui n'utilise pas sa part de l'énergie produite doit la revendre à l'autre partie, qui doit lui verser une indemnité au titre des bénéfices supplémentaires qu'elle tire de l'utilisation du droit dont jouit la partie cédante sur la ressource hydraulique. Des informations complémentaires sont consultables sur le site Internet « Itaipu Binacional » (www.itaipu.gov.br/en/energy/dam).

équitables. En ce sens, il semble opportun de rappeler l'affaire de la *Donauversinkung*, dans laquelle le tribunal avait déclaré :

Les intérêts des États en cause doivent être évalués équitablement les uns par rapport aux autres. Il faut prendre en considération non seulement le préjudice absolu causé à l'État voisin mais aussi le rapport entre l'avantage acquis par l'un et le préjudice causé à l'autre¹⁵⁴.

Selon ce raisonnement, dans une situation régie par le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention sur les cours d'eau, en cas de dommage causé par des activités qui, avant leur réalisation, semblaient équitables et raisonnables, l'« État diligent qui cause le dommage » pourrait voir sa responsabilité engagée pour conduite illicite s'il rejetait toute demande d'indemnisation, y compris sous la forme d'une répartition en nature des avantages. De fait, on pourrait faire valoir *ex post facto* l'absence d'un des facteurs constitutifs de l'utilisation équitable. De même, conformément au principe de justice distributive, les États susceptibles d'être affectés par un dommage transfrontière peuvent contribuer au financement de mesures de prévention, facteur entrant en ligne de compte dans l'équilibre des intérêts.

Dans la même optique, on peut faire valoir que, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, un État qui s'est abstenu de mener un projet par ailleurs équitable et raisonnable au motif qu'il risquerait de causer un dommage significatif serait en droit de solliciter la tenue de consultations et de négociations de bonne foi relatives au partage des avantages découlant de sa décision de s'abstenir et que la question de l'indemnisation pourrait raisonnablement se poser dans ce contexte. Bien qu'il soit loin de s'agir d'un droit automatiquement déclenché par une telle décision, l'indemnisation, le cas échéant, doit être fixée en tenant à la fois compte du manque à gagner prévisionnel pour l'État qui s'abstient et du dommage potentiel correspondant pour l'État coriverain si le projet en question n'avait pas été abandonné.

4.1.3.1 L'indemnisation et le principe du « pollueur-payeur »

Le concept d'indemnisation visé au paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention sur les cours d'eau ne se limite pas nécessairement aux interactions directes entre États. Au contraire, dans ce domaine, le droit international public se confond avec le droit national dans une plus large mesure qu'à l'accoutumée. De fait, la plupart des activités susceptibles de causer un dommage transfrontière à un État coriverain sont menées par des opérateurs privés à l'échelle nationale. Il serait donc opportun que les négociations entre États tiennent compte, parmi les facteurs pouvant favoriser le règlement équitable d'une affaire donnée, du versement d'une indemnisation aux victimes de dommages causés par les opérateurs chargés de l'activité. Il serait ainsi possible de mettre en place une politique de partage équitable des obligations s'agissant des coûts liés à la prévention et à la responsabilité, en particulier entre les opérateurs privés concernés et l'État du for.

Au vu de ce qui précède, on peut être tenté d'examiner la relation entre l'indemnisation au titre du dommage transfrontière et le principe du pollueur-payeur. Si la Convention sur l'eau établit expressément ce principe, ce n'est toutefois pas le cas de la Convention sur les cours d'eau. Sur ce point, la Convention sur l'eau complète la Convention sur les cours d'eau, puisqu'en vertu du paragraphe 5 de son article 2, ce principe est l'une des mesures appropriées pour prévenir, maîtriser et réduire tout impact transfrontière¹⁵⁵.

Le principe du pollueur-payeur a initialement été conçu comme un outil préventif, en vertu duquel les coûts des mesures habituelles de gestion, de maîtrise et de réduction de la pollution, généralement par l'épuration, seraient à la charge du pollueur. Son champ d'application s'est ensuite progressivement élargi pour intégrer

¹⁵⁴ Voir l'affaire de la *Donauversinkung* (Wurtemberg et Prusse c. Bade, 1927), *International Law Reports : Annual Digest of Public International Law Cases 1927-1928*, p. 158. Au paragraphe 18 du commentaire du projet d'article 7, la Commission a indiqué que les consultations entre les États concernés devraient tenir compte « des questions comme la mesure dans laquelle les ajustements sont viables sur le plan économique et celle dans laquelle l'État lésé tirerait lui aussi profit de l'activité considérée (partage de l'énergie hydroélectrique ainsi produite, lutte contre les inondations, amélioration de la navigation, et ainsi de suite). À ce propos, l'octroi d'une indemnité est expressément reconnu comme un moyen d'équilibrer les intérêts dans une situation donnée (*Annuaire ... 1994*, p. 105). Voir également la pratique conventionnelle à cet effet mentionnée par la Commission (*ibid.*, note 244).

¹⁵⁵ Voir *supra*, note 74, p. 28 à 31.

les coûts liés à la pollution de façon générale, y compris après sa survenue¹⁵⁶. Cette approche ambitieuse est confortée par les Principes 16 et 22 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (ci-après, la « Déclaration de Rio ») : « Les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution »¹⁵⁷.

La question de savoir si ces coûts doivent intégrer le versement d'une indemnité aux victimes du dommage causé a fait l'objet de débats¹⁵⁸.

La pratique tendant à l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et à l'élargissement du principe du pollueur-payeur à la responsabilité *ex post facto* a été largement influencée par le différend de 1986 entre l'Allemagne et la Suisse concernant la pollution du Rhin par l'entreprise de produits chimiques Sandoz. Alors que le gouvernement suisse avait au départ reconnu sa responsabilité internationale pour non-respect de l'obligation de faire preuve de toute la diligence voulue afin d'empêcher l'accident, les deux gouvernements ont finalement estimé que le versement direct par Sandoz d'indemnités aux victimes constituait un règlement satisfaisant du différend¹⁵⁹.

D'une part, en vertu de la Convention sur l'eau, le principe du pollueur-payeur ne prévoit pas le versement d'une indemnité, puisqu'il porte sur la relation entre des opérateurs privés et les autorités des États concernés et, par conséquent, n'offre pas aux victimes privées de fondement juridique pour réclamer une indemnisation en cas de préjudice, de perte de biens ou d'autres dommages économiques¹⁶⁰. Cette approche est conforme à la nature principalement nationale du principe¹⁶¹. D'autre part, la fixation du montant de l'indemnité due par des opérateurs privés au titre du principe du pollueur-payeur ne relève pas de l'obligation de prévention établie par la Convention sur les cours d'eau¹⁶².

Quoi qu'il en soit, même si l'on sépare le principe du pollueur-payeur du fondement juridique de la responsabilité civile ou des revendications interétatiques dans un contexte transfrontière, le montant de l'indemnité versée par des opérateurs privés dans une affaire donnée peut être utile pour répondre à la question de savoir si l'indemnité est due par l'État d'origine et, le cas échéant, à hauteur de quel montant. En interprétant comme il se doit le principe du pollueur-payeur, conformément au Principe 16 de la Déclaration de Rio, des demandes d'indemnisation, tout du moins pour les dommages causés aux personnes et à leurs biens, pourraient être déposées à l'échelle interétatique, alors même que le principe n'offre pas, à proprement parler, de fondement juridique aux revendications privées et étatiques.

¹⁵⁶ Voir le paragraphe 4 de l'annexe (« Principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international ») à la recommandation C(72)128 de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) du 26 mai 1972 in *L'OCDE et l'environnement* (Paris, Organisation de coopération et de développement économiques, 1986), p. 24. Le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, adopté par la Commission économique pour l'Europe en 1990, dispose que « les pays riverains devraient mettre en œuvre, dans le cadre de leur législation nationale, le principe de base selon lequel la responsabilité incombe au pollueur », précisant plus loin que « conformément au principe du pollueur-payeur, [...] les pays devraient coopérer dans la mise en œuvre et l'élaboration ultérieure de règles et de pratiques appropriées pour garantir une réparation aux victimes de pollution accidentelle d'eaux intérieures transfrontières et l'application de mesures nécessaires de relèvement » (voir *supra*, note 47, section II, par. 3 et section XV, par. 3, respectivement). Voir également la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, adoptée en 1993 par le Conseil de l'Europe. Pour la contribution de la doctrine, voir S.E. Gaines, *The Polluter-Pays Principle: From Economic Equity to Environmental Ethos*, *Texas International Law Journal*, vol. 26, 1991, p. 463 à 496; A.E. Boyle, « Making the Polluter Pay? Alternatives to State Responsibility in the Allocation of Transboundary Environmental Costs », in F. Francioni et T. Scovazzi (dir.), *International Responsibility for Environmental Harm* (Londres : Graham and Trotman, 1991), p. 363 à 379; H. Smets, « Le principe pollueur-payeur, un principe économique érigé en principe de droit de l'environnement? », *Revue générale de droit international public*, vol. 97, 1993, p. 338 à 363; S.C. McCaffrey, *supra*, note 15, p. 300; O. McIntyre, *supra*, note 37, p. 284 à 286; et P.-M. Dupuy et L.-A. Duvic Paoli, « The Polluter-Pays Principle », in A. Tanzi et al. (dir.), *The UNECE Convention ...* (*supra*, note 104).

¹⁵⁷ Voir *supra*, note 23.

¹⁵⁸ Voir H. Smets, « The Polluter Pays Principle in the Early 1990s », in L. Campiglio et al. (dir.), *The Environment after Rio: International Law and Economics* (Londres et Boston, Graham and Trotman et Martinus Nijhoff, 1994), p. 134.

¹⁵⁹ Voir A. Kiss, « 'Tchernobâle' ou la pollution accidentelle du Rhin par des produits chimiques », *Annuaire français de droit international*, vol. 33, 1987, p. 719 à 727. Voir également A. Boos-Hersberger, « Transboundary Water Pollution and State Responsibility: The Sandoz Spill », *Annual Survey of International and Comparative Law*, vol. 4, 1997, p. 103 à 131.

¹⁶⁰ Voir *supra*, note 74, p. 29.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Pour un examen approfondi de la pratique jurisprudentielle, conventionnelle et diplomatique sur la question, voir le document rédigé par la Commission du droit international en 1995, *Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » : Étude établie par le Secrétariat* (A/CN.4/471).

À cet égard, l'accès aux procédures judiciaires ou extrajudiciaires et, partant, le droit à une indemnisation pouvant être accordée par l'État d'origine aux victimes de dommages transfrontières¹⁶³ est lié à la question de l'indemnisation à l'échelle interétatique lorsque l'indemnité n'est pas versée spontanément par les opérateurs, ou faute d'accord entre ces derniers et les victimes quant au montant dû.

Cette approche est conforme au Principe 4 (« Indemnisation prompte et adéquate ») des projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses¹⁶⁴, rédigés par la Commission du droit international et dont l'Assemblée générale a recommandé qu'ils soient portés à l'attention des gouvernements en 2007¹⁶⁵. Les projets de principes ont notamment traité l'obligation de l'État sous la juridiction ou le contrôle duquel l'activité préjudiciable a été menée de prendre toutes les mesures appropriées pour veiller à ce qu'une indemnisation prompte et adéquate soit accordée aux victimes de dommages transfrontières. Pareilles mesures comprennent « la mise de la responsabilité à la charge de l'exploitant » et l'obligation pour ce dernier « de mettre en place et garder une garantie financière, telle qu'une assurance, des cautionnements ou une autre garantie pour faire face aux demandes d'indemnisation » (Principe 4).

Si l'accès à des procédures judiciaires ou extrajudiciaires figure dans la Convention sur les cours d'eau, il n'est toutefois pas présent en tant que tel dans la Convention sur l'eau, qui dispose tout de même d'un Protocole sur la question, adopté en 2003. Ce point fera l'objet d'un examen dans la prochaine section.

4.2 Le droit à l'égalité d'accès à des recours nationaux et la tendance à l'internalisation de la responsabilité : le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières, adopté en 2003 par la Commission économique pour l'Europe

L'article 32 de la Convention sur les cours d'eau (« Non-discrimination ») établit l'obligation de ne pas faire de discrimination fondée sur la nationalité des demandeurs ou entre les demandeurs ayant subi un préjudice dans le territoire de l'État d'origine et ceux ayant subi des dommages hors de ce territoire, pour l'accès aux procédures nationales de recours. Cette disposition aborde indirectement la question en ce qu'elle n'a pas d'incidence sur le droit objectif à une réparation dont jouissent les victimes nationales ou étrangères d'un dommage environnemental causé par l'utilisation d'un cours d'eau international. Elle se contente d'établir un droit procédural en faveur des demandeurs étrangers, sur le fondement d'une norme nationale de traitement. Sur le plan du droit conventionnel, la Convention sur les cours d'eau étant en vigueur, son intégration dans le système juridique d'un État partie entraînera un ajustement automatique de la législation nationale par l'établissement d'un droit procédural pouvant être invoqué directement par des demandeurs privés.

Il importe également de noter que l'obligation de non-discrimination visée à l'article 32 s'applique non seulement *ex post* s'agissant de la survenue du dommage, mais également aux personnes physiques et morales « qui se trouvent sérieusement menacées d'un [...] dommage [transfrontière significatif] ». Les victimes étrangères potentielles de dommages transfrontières découlant de l'utilisation planifiée d'un cours d'eau international pourraient ainsi prendre part au processus législatif ou administratif de consultation, sur un pied d'égalité vis-à-vis des ressortissants et des résidents de l'État. Dans son Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », commentant la recommandation formulée en 1976 par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur l'égalité

¹⁶³ Voir S. van Hoogstraten, P.-M. Dupuy et H. Smets, « Equal Right of Access : Transfrontier Pollution », *Environmental Policy and Law*, vol. 2, 1976, p. 77 à 78; et P. McNamara, *The Availability of Civil Remedies to Protect Persons and Property from Transfrontier Pollution Injury* (Francfort, Alfred Metzner Verlag, 1981).

¹⁶⁴ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-huitième session (A/61/10), p. 157.

¹⁶⁵ Résolution 62/68 de l'Assemblée générale (« Examen des questions de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et de la répartition des pertes consécutives à de tels dommages »), adoptée le 6 décembre 2007.

d'accès en matière de pollution transfrontière, le secrétariat de la Commission du droit international a noté que :

[L']application du principe [de l'égalité d'accès] doit aboutir, en particulier, à ce que deux victimes d'une même pollution transfrontière située de part et d'autre d'une frontière commune aient la même possibilité de se faire entendre ou de défendre leurs intérêts tant à l'étape des mesures de prévention, avant qu'une pollution ne se produise, qu'à l'étape des mesures correctives, après qu'un dommage a été causé. Les victimes nationales et étrangères peuvent ainsi participer sur un pied d'égalité aux audiences et enquêtes préalables organisées, par exemple pour étudier l'impact que peut avoir sur l'environnement une activité polluante déterminée, et peuvent, sans discrimination, intenter une action afin de contester une décision environnementale devant les autorités administratives ou judiciaires compétentes du pays où la pollution a son origine¹⁶⁶.

On peut soutenir que, puisque le principe de l'égalité d'accès est consacré par le droit international coutumier, il peut être invoqué devant les juridictions nationales des États qui ne sont pas parties à la Convention sur les cours d'eau. Quoiqu'il en soit, la Convention conforte de toute évidence ce principe, dont l'importance grandissante fait écho à la tendance nette à une internalisation de la responsabilité au titre des dommages transfrontières découlant d'activités menées par des opérateurs privés. Contrairement à la responsabilité de l'État, cette tendance est le fruit de la pratique des États, comme l'a démontré l'affaire Sandoz précitée, confirmée par les réactions au déversement de cyanure en 2000 près de Baia Mare (Roumanie), malgré les nombreux obstacles rencontrés pour la codifier sur le plan international. Sa raison d'être repose sur trois facteurs stratégiques.

Premièrement, laisser l'État de nationalité protéger, à l'échelle interétatique, des individus et des entreprises privées ayant subi un préjudice corporel ou des dommages à leurs biens entraîne une incertitude inhérente au caractère discrétionnaire de la protection diplomatique en vertu du droit national et international. En effet, l'État de nationalité des victimes peut juger inapproprié, principalement pour des raisons de politique étrangère, d'engager une procédure internationale à l'encontre de l'État d'origine. Compte tenu des indemnités élevées susceptibles d'être accordées dans ce type de cas, un État victime pourrait renoncer à son droit d'invoquer la responsabilité de l'État d'origine afin de se laisser la possibilité ultérieure d'invoquer pour sa défense le caractère inapproprié ou l'inadmissibilité de pareilles revendications interétatiques, s'il venait à se trouver dans la position de l'État d'origine.

Deuxièmement, même si l'État de nationalité des victimes est disposé à invoquer la responsabilité internationale de l'État d'origine pour le compte de ses ressortissants, cette démarche ne conduira pas forcément à une évaluation judiciaire de l'affaire, puisque la compétence de la Cour internationale de Justice, comme celle de n'importe quel tribunal arbitral international, n'est pas obligatoire.

Troisièmement, il faut tenir compte de la justice économique au sein de l'État d'origine : en effet, en vertu de la responsabilité de l'État, il serait tenu dans ce type d'affaires de verser une indemnité sur le budget de l'État au titre de dommages découlant de l'activité lucrative d'un opérateur privé. De fait, l'État et les contribuables agiraient comme garants des risques liés aux activités d'investisseurs nationaux et étrangers. Cette tendance est conforme au Principe 13 de la déclaration de Rio de 1992 :

Les États doivent élaborer une législation nationale relative à la responsabilité de la pollution et des autres dommages à l'environnement et à l'indemnisation des victimes concernées. Ils doivent aussi coopérer diligemment et plus résolument au développement du droit international relatif à la responsabilité et à l'indemnisation en cas d'effets préjudiciables de dommages causés à l'environnement dans des zones situées au-delà des limites de leur juridiction par des activités menées sous leur juridiction ou leur contrôle¹⁶⁷.

L'internalisation entraîne un déplacement de responsabilité, de la responsabilité de l'État en vertu du droit international à la responsabilité civile en vertu du droit national. Compte tenu de la nature transfrontière des actions concernées, cette approche soulève des questions de conflit de lois quant à la détermination du for et du droit applicable à l'évaluation de la responsabilité civile de l'opérateur. L'internalisation comme moyen

¹⁶⁶ Voir *supra*, note 157, par. 120. Consultable sur Internet à l'adresse <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=13&Lang=fr&Book=False>

¹⁶⁷ Voir *supra*, note 23.

de résoudre la question de l'indemnisation des dommages causés à des particuliers a fait l'objet d'un examen approfondi dans le cadre de la Convention sur l'eau, à tel point qu'un Protocole commun sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières a été adopté par les Parties à cette Convention et à la Convention de la Commission économique pour l'Europe sur les effets transfrontières des accidents industriels, à l'occasion d'une session extraordinaire commune des organes directeurs tenue lors de la cinquième Conférence ministérielle « Un environnement pour l'Europe » à Kiev, le 21 mai 2003.

Bien que ce Protocole n'ait enregistré qu'une seule ratification à ce jour, principalement en raison de problèmes d'attribution de compétence entre l'Union européenne et ses États membres, il conforte largement et devrait confirmer la tendance actuelle dans la pratique des États selon laquelle les victimes de dommages transfrontières peuvent choisir entre le tribunal compétent¹⁶⁸ et le droit applicable¹⁶⁹ de l'État dans lequel le dommage a été subi ou ceux de l'État d'origine du dommage.

Le Protocole prévoit également, en des termes plutôt novateurs, que le différend fasse l'objet d'un arbitrage définitif et contraignant, sous réserve de l'accord de toutes les parties¹⁷⁰. Puisque l'accord entre les parties au différend fournirait, quoi qu'il en soit, le fondement juridique de la compétence arbitrale, cette disposition établit une orientation faisant autorité, indépendamment de l'entrée en vigueur du Protocole ou de la nationalité des particuliers concernés, en encourageant une démarche de résolution des demandes en responsabilité civile pour dommages transfrontières potentiellement plus neutre et plus cohérente.

4.3 Le principe d'utilisation et de participation équitables et raisonnables

Comme illustré plus haut, l'obligation de ne pas causer de dommage est étroitement liée au principe d'utilisation équitable. Dans le cours de référence sur les principes généraux du droit international de l'eau qu'il a donné à l'Académie de La Haye, Lucius C aflisch, qui était l'un des négociateurs de la Convention sur les cours d'eau et est actuellement membre de la Commission du droit international, a présenté le principe d'utilisation équitable, dans lequel il inclut l'élément de participation, comme prolongement de l'obligation de ne pas causer de dommage¹⁷¹. L'auteur de la présente publication a toujours plaidé en faveur de l'égalité pertinence de ces deux principes juridiques et de leur lien étroit, dans le but de fournir « [...] à chaque État du bassin l'avantage maximal des utilisations des eaux avec le préjudice minimal à chacun d'entre eux », comme indiqué dans le commentaire de l'article IV des Règles d'Helsinki¹⁷².

Comme illustré au chapitre 2 ci-dessus portant sur la raison d'être des principes essentiels du droit international de l'eau¹⁷³, le principe d'utilisation équitable est apparu comme un outil juridique capable de tempérer des revendications absolues en conflit¹⁷⁴ et traduit le principe de communauté d'intérêts et d'égalité des

¹⁶⁸ Article 13 (« Juridictions compétentes ») : « 1. Ne peuvent être saisies des demandes d'indemnisation en vertu du Protocole que les tribunaux des Parties contractantes du lieu où : a) Le dommage a été subi; b) L'incident a eu lieu; ou c) Le défendeur a son domicile habituel ou, si le défendeur est une société ou une personne morale, ou une association de personnes physiques ou morales, son établissement principal, son siège légal ou son administration centrale. 2. Chaque Partie s'assure que ses juridictions ont compétence pour connaître de telles demandes d'indemnisation ».

¹⁶⁹ Article 16 (« Droit applicable ») : « 1. Sous réserve du paragraphe 2, toutes les questions de fond ou de procédure concernant des demandes soumises à la juridiction compétente qui ne sont pas expressément réglées par le Protocole sont régies par le droit appliqué par cette juridiction, y compris toutes dispositions relatives au conflit de lois. 2. À la demande de la personne qui a subi les dommages, toutes les questions de fond concernant des demandes soumises à la juridiction compétente sont régies par le droit de la Partie sur le territoire de laquelle l'accident industriel a eu lieu, comme si les dommages avaient été subis sur le territoire de cette Partie ».

¹⁷⁰ Article 14 (« Arbitrage ») : « En cas de différend entre demandeurs de dommages-intérêts en application du Protocole et personnes responsables en vertu du Protocole et si les deux parties ou toutes les parties en sont ainsi convenues, celui-ci peut être soumis à un arbitrage définitif et contraignant conformément au Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles ou à l'environnement ».

¹⁷¹ L. C aflisch et G. Ivanovič Tunkin (*supra*, note 15), p. 141.

¹⁷² *Supra*, note 80.

¹⁷³ Sur le principe en question, voir I. Kaya, *Equitable Utilization: The Law of Non-Navigational Uses of International Watercourses* (Aldershot (Royaume-Uni) et Burlington (États-Unis d'Amérique), Ashgate, 2003).

¹⁷⁴ Voir également O. McIntyre, *supra*, note 37, p. 121 à 154; S.C. McCaffrey, *supra*, note 15, p. 384 à 405; et I. Kaya, *supra*, note 173.

droits des riverains, établi et confirmé par l'affaire de l'Oder¹⁷⁵ et l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*¹⁷⁶. Dans les sous-sections qui suivent, nous allons nous intéresser à la prise en compte de ce principe dans chacune des deux Conventions.

4.3.1 La Convention sur l'eau

L'article 2 de la Convention se lit comme suit :

...

2. Les Parties prennent, en particulier, toutes les mesures appropriées :

...

c) Pour veiller à ce qu'il soit fait un usage raisonnable et équitable des eaux transfrontières, en tenant particulièrement compte de leur caractère transfrontière, dans le cas d'activités qui entraînent ou risquent d'entraîner un impact transfrontière;

...

5. Lors de l'adoption des mesures visées aux paragraphes 1 et 2 du présent article, les Parties sont guidées par les principes suivants :

...

c) Les ressources en eau sont gérées de manière à répondre aux besoins de la génération actuelle sans compromettre la capacité des générations futures de satisfaire leurs propres besoins.

Selon le *Guide pour l'application de la Convention sur l'eau*, s'agissant du principe d'utilisation raisonnable, mais pas de l'obligation de prévenir les dommages, la Convention sur l'eau se fonde largement sur les orientations détaillées figurant dans la Convention sur les cours d'eau et sur les *travaux préparatoires*¹⁷⁷. Afin de mieux expliquer la fonction normative de ce principe, le Guide mentionne le passage du commentaire du projet d'article 5 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation reproduit ci-après :

Dans bien des cas, la qualité et le volume de l'eau du cours d'eau international seront suffisants pour satisfaire les besoins de tous les États du cours d'eau. Mais, lorsque le volume ou la qualité de l'eau sont tels qu'ils ne permettent pas à tous les États du cours d'eau de s'assurer toutes leurs utilisations raisonnables et utiles, il en résulte un « conflit d'utilisations ». La pratique internationale reconnaît alors la nécessité de procéder à certains ajustements ou accommodements pour préserver l'égalité des droits de tous les États du cours d'eau. Ces ajustements ou accommodements doivent être trouvés sur la base de l'équité et le meilleur moyen de les concevoir est de s'appuyer sur un accord de cours d'eau¹⁷⁸.

Qui plus est, le *Guide* précise expressément qu'aux fins d'une évaluation concertée du caractère équitable et raisonnable d'un usage donné,

afin d'identifier les facteurs pertinents sur lesquels échanger des données et des informations et tenir des consultations, le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention sur les cours d'eau peut s'avérer utile. Il énumère, de façon non exhaustive, des facteurs et circonstances qui doivent être pris en compte afin d'équilibrer les intérêts des riverains¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Voir *supra*, note 25.

¹⁷⁶ Voir *supra*, note 26.

¹⁷⁷ Voir *supra*, note 74, par. 20.

¹⁷⁸ Paragraphe 9 du commentaire du projet d'article 5, *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 103, cité au par. 103 du Guide pour l'application de la Convention sur l'eau (voir *supra*, note 74).

¹⁷⁹ Voir *supra*, note 74, par. 107. Sur ce point, voir la sous-section 4.3.2 *infra*.

Il s'agit là d'un exemple concret du rôle normatif que peut jouer le rapport de complémentarité entre les deux Conventions : en effet, l'autorité normative de la Convention sur les cours d'eau pour l'interprétation et l'application d'un instrument juridiquement contraignant tel que la Convention sur l'eau est officiellement reconnue. Cette démarche renforce à son tour la valeur normative de la Convention sur l'eau, indépendamment de son entrée en vigueur, en renforçant la force probante de ses dispositions eu égard au droit international coutumier de l'eau.

Comme l'indique le *Guide pour l'application de la Convention sur l'eau*¹⁸⁰, le principe d'utilisation équitable énoncé au paragraphe 2 c) de l'article 2 de la Convention doit être interprété et appliqué à la lumière du paragraphe 5 c) du même article, selon lequel « [l]es ressources en eau sont gérées de manière à répondre aux besoins de la génération actuelle sans compromettre la capacité des générations futures de satisfaire leurs propres besoins ». L'intégration du principe du développement durable dans la Convention sur l'eau est conforme aux évolutions contemporaines du droit international coutumier de l'eau¹⁸¹. La codification du principe d'utilisation équitable au paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention sur les cours d'eau le confirme, puisqu'il y est indiqué qu'« un cours d'eau international sera utilisé et mis en valeur par les États du cours d'eau en vue de parvenir à l'utilisation et aux avantages optimaux et durables – compte tenu des intérêts des États du cours d'eau concernés – compatibles avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau ». En vertu des deux Conventions, l'utilisation d'un cours d'eau international est donc inéquitable et, partant, illicite si elle n'est pas durable sur le plan de la quantité comme de la qualité de l'eau.

Si, contrairement à la Convention sur les cours d'eau, la Convention sur l'eau ne précise pas les facteurs à prendre en compte pour établir le caractère équitable, elle présente toutefois deux avantages normatifs qui compensent largement cet apparent défaut. Premièrement, elle fournit aux États parties un cadre institutionnel, comprenant des organes bilatéraux et multilatéraux communs, la Réunion des Parties et les réunions de ses organes subsidiaires, grâce auquel les facteurs coutumiers de l'utilisation équitable s'inscrivent dans les rapports habituels de coopération entre les parties intéressées. D'un point de vue pragmatique, cette caractéristique favorise l'intégration de l'élément de participation dans le principe d'utilisation équitable, parfois également appelé « principe d'utilisation et de participation équitables et raisonnables ». Par ailleurs, la Convention sur l'eau offre à ses parties un ensemble de règles normatives précises et spécifiques pour prévenir les impacts transfrontières, dont le respect permet aux États de veiller au caractère équitable et raisonnable des activités menées sur leur territoire.

Puisque la Convention sur les cours d'eau complète la Convention sur l'eau s'agissant de l'interprétation et de l'application du principe d'utilisation et de participation équitables et raisonnables et puisque les deux instruments auront bientôt un champ d'application mondial, il semble opportun d'étudier de façon plus approfondie la consolidation de ce principe. En outre, étant donné que la référence au principe d'utilisation équitable dans la Convention sur l'eau, et donc son interprétation et son application par les organes communs établis par la Convention et par les parties l'ayant ratifiée, se fonde sur le droit international coutumier, la plupart, voire la totalité, des considérations ci-après s'appliquent également à la Convention sur l'eau.

4.3.2 La Convention sur les cours d'eau

L'article 5 de la Convention sur les cours d'eau (« Utilisation et participation équitables et raisonnables ») est formé de deux paragraphes, le premier posant le principe et ses effets et le second établissant l'obligation pour les États coriverains de participer à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection des cours d'eau qu'ils partagent. Les aspects opérationnels de la règle imposant l'utilisation équitable sont traités à l'article 6 (« Facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable »), qui propose une liste non exhaustive de facteurs à prendre en compte et à analyser en vue d'une mise en œuvre en bonne et due forme. L'article 10 (« Rapport entre les utilisations ») est pertinent vis-à-vis de l'article 6 en ce qu'il établit le principe d'absence de priorité entre différentes utilisations d'un cours d'eau international, à l'exception des « besoins humains essentiels » (voir ci-après).

L'application du principe d'utilisation équitable exige une analyse contextuelle des revendications des États eu égard aux différentes circonstances d'un cas donné. Sa consolidation a pour but de formuler « une

¹⁸⁰ Voir *supra*, note 74, par. 102.

¹⁸¹ Voir X. Fuentes, *supra*, note 38. Voir également A. Rieu-Clarke, *supra*, note 38, en particulier p. 100 à 132.

méthode visant à établir les droits d'utilisation des États riverains, précisant notamment les méthodes et moyens de règlement des conflits d'intérêts conformément aux prérequis que sont le caractère équitable et raisonnable, d'une part, et la procédure à appliquer pour y parvenir, d'autre part », la méthode en question étant indispensable pour aboutir « au résultat de la coordination des utilisations »¹⁸².

Il est essentiel de fixer les objectifs à atteindre avant d'appliquer la méthode inhérente au principe d'utilisation équitable (à savoir, la recherche de l'équilibre entre tous les facteurs pertinents), en vue de parvenir à une utilisation équitable des cours d'eau internationaux. La Convention sur les cours d'eau représente à ce titre une amélioration majeure de ce processus normatif.

4.3.2.1 Le principe général d'utilisation équitable (paragraphe 1 de l'article 5)

La première phrase du paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention sur les cours d'eau offre une formulation laconique de la règle de l'utilisation équitable : « Les États du cours d'eau utilisent sur leurs territoires respectifs le cours d'eau international de manière équitable et raisonnable ».

Contrairement à l'article IV des Règles d'Helsinki¹⁸³, cette disposition ne fait pas mention du « partage » d'un cours d'eau international ou de ses eaux. À première vue, l'expression « utilisation équitable » semble préférable à celle de « participation équitable » en ce qu'elle englobe un éventail plus large de problématiques ayant trait à la gestion des cours d'eau (dont la protection de l'environnement), tandis que la « participation équitable » laisse entendre qu'elle porte uniquement sur la répartition de la quantité d'eau entre États riverains¹⁸⁴. Dans une perspective plus large, toutefois, le terme « participation » possède un champ d'application bien plus vaste en ce qu'il évoque la notion de « ressources naturelles partagées », qui a joué un rôle prépondérant dans la promotion des normes internationales d'action concertée par les États en matière d'utilisation et de gestion des ressources environnementales¹⁸⁵. Toutefois, étant donné que nombre de ses dispositions, y compris l'article 5, tendent à renforcer la participation équitable des États riverains dans l'utilisation et la mise en valeur des cours d'eau internationaux¹⁸⁶, la Convention est la tentative la plus récente de traduire, sous la forme d'un texte ayant force obligatoire, les aspects juridiques de l'action commune des États concernés par l'utilisation et la gestion d'une ressource partagée. À cet égard, si la Convention n'emploie pas expressément le concept de « ressource naturelle partagée », la plupart, voire la totalité, de ses dispositions, établissent un rapport entre les critères de fond de l'utilisation équitable et l'éventail complet des obligations de coopération et de nature procédurale indispensables pour sa bonne mise en œuvre.

Après avoir posé en termes généraux le principe d'utilisation équitable, le paragraphe 1 de l'article 5 se poursuit ainsi :

... En particulier, un cours d'eau international sera utilisé et mis en valeur par les États du cours d'eau en vue de parvenir à l'utilisation et aux avantages optimaux et durables – compte tenu des intérêts des États du cours d'eau concernés – compatibles avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau.

¹⁸² J. Bruhács, *The Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses* (Dordrecht et Boston, Martinus Nijhoff, 1993), p. 159.

¹⁸³ « Chaque État du bassin a, sur son territoire, un droit de participation raisonnable et équitable aux avantages que présente l'utilisation des eaux d'un bassin de drainage international » (*supra*, note 147, p. 486 (les italiques sont de nous)).

¹⁸⁴ Sur les différentes significations et répercussions des formulations employées dans la pratique juridique internationale pour décrire le principe d'utilisation équitable, voir J. Bruhács, *supra*, note 182, p. 157 à 158; D.A. Caponera, *Principles of Water Law and Administration*, p. 214 (Rotterdam, A.A. Balkema, 1992); et M. Arcari, *Il regime giuridico delle utilizzazioni dei corsi d'acqua internazionali. Principi generali e norme sostanziali* (Padoue, CEDAM, 1998), p. 231 à 236.

¹⁸⁵ Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour a jugé nécessaire de souligner que le fleuve Uruguay « constitue une ressource partagée » (*supra*, note 42, par. 103). Sur la pertinence du concept de ressources naturelles partagées pour le droit international de l'environnement, voir W. Riphagen, « The International Concern for the Environment as Expressed in the Concepts of the "Common Heritage of Mankind" and of "Shared Natural Resources" », in M. Bothe (dir.), *Trends in Environmental Policy and Law = Tendances actuelles de la politique et du droit de l'environnement* (Gland (Suisse), Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources naturelles, 1980), p. 343 à 362; A. Kiss, « The International Protection of the Environment », in R. St. John Macdonald et D.M. Johnston (dir.), *The Structure and process of international law : essays in legal philosophy doctrine and theory*, (La Haye et Boston, Martinus Nijhoff, 1983), p. 1080 à 1083; et R. Wolfrum, « Purposes and Principles of International Environmental Law », *German Yearbook of International Law*, vol. 33, 1990, p. 318 à 321. Pour une étude plus récente, voir S. Hart (dir.), *Shared Resources : Issues of Governance* (Gland (Suisse), Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources naturelles, 2008). Pour d'autres références à la notion de ressources naturelles partagées et à ses répercussions, voir *supra*, section 3.3.

¹⁸⁶ Voir par exemple l'article 8 (« Obligation générale de coopérer »), l'article 9 (« Échange régulier de données et d'informations »), la troisième partie (« Mesures projetées ») et les articles 20 à 23 (appelant les États à des actions communes de protection de l'environnement des cours d'eau internationaux et de leurs écosystèmes).

Par rapport au projet de texte proposé par la Commission en 1994, cette formulation ne comporte que quelques changements, qui sont toutefois importants, tel que l'ajout du terme « durables » après « optimaux » et de l'incise « compte tenu des intérêts des États du cours d'eau concernés ». Ces ajouts ont été effectués pour renforcer les buts à l'aune desquels la règle doit être interprétée et appliquée en apportant des « limites d'intérêt public » à la doctrine traditionnelle de l'utilisation équitable¹⁸⁷, pas simplement à titre de facteurs permettant d'évaluer le caractère équitable d'une utilisation donnée, mais en tant que valeurs inhérentes au principe même du caractère équitable. Par conséquent, toute utilisation d'un cours d'eau international ne respectant pas l'un de ces critères, par exemple une utilisation manifestement non durable du cours d'eau, n'est ni équitable ni raisonnable aux fins de la Convention.

La notion d'utilisation optimale a fait l'objet d'une polémique durant les travaux préparatoires, car elle semblait avoir des connotations économiques risquant d'être exploitées pour que priorité soit donnée à l'utilisateur le plus performant d'un cours d'eau international, ce qui léserait les États riverains moins avancés du point de vue technologique¹⁸⁸. Dans ce contexte, le Comité de rédaction de la Commission a estimé nécessaire de souligner que

[p]arvenir à un optimum d'utilisation et d'avantages [d'un cours d'eau international] ne signifie pas que les États doivent parvenir à une utilisation maximale ou à l'utilisation la plus efficace d'un point de vue technique. Cela ne signifie pas non plus que l'État capable d'utiliser le cours d'eau avec le plus d'efficacité a des droits prioritaires sur ce cours d'eau. Cela signifie simplement que les États doivent parvenir aux meilleures utilisations et avantages possibles pour tous, avec un minimum de dommages, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes et conformément aux moyens nécessaires à une protection adéquate du cours d'eau, par exemple, en matière d'inondation ou de pollution¹⁸⁹.

Néanmoins, la portée du terme « optimum d'utilisation » est restée quelque peu controversée jusqu'à ce que le Groupe de travail se réunisse pour finaliser le texte de la Convention, à tel point que dans la version de dernière minute des articles 5 à 7¹⁹⁰, l'ajout de l'incise « compte tenu des intérêts des États du cours d'eau concernés » au texte du paragraphe 1 de l'article 5 a été proposé par le Président du Groupe de travail et en définitive approuvé, apaisant ainsi les inquiétudes de délégations d'États d'aval, qui avaient demandé qu'une définition explicite du terme « optimum d'utilisation » figure dans la Convention¹⁹¹.

Il en ressort donc clairement que le droit d'utiliser un cours d'eau international ne peut être interprété comme relevant de l'intérêt exclusif d'un seul État riverain d'amont ou d'aval. Cette position rend compte de l'opinion, déjà mentionnée plus haut, exprimée il y a plus d'un demi-siècle dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux* :

... l'État d'amont a, d'après les règles de la bonne foi, l'obligation de prendre en considération les différents intérêts en présence, de chercher à leur donner toutes les

¹⁸⁷ Pour une critique des projets d'articles, voir A. Nollkaemper, *supra*, note 59, p. 39 à 73; et E. Hey, *supra*, note 52. Les mêmes critiques ont été formulées plus récemment par E. Hey eu égard à la Convention sur les cours d'eau (« The Watercourse Convention : To What Extent Does It Provide a Basis for Regulating Uses of International Watercourses? », *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 7, 1998, p. 291 à 300).

¹⁸⁸ Voir en particulier les remarques formulées lors de la trente-sixième session de la Commission par Stephen C. McCaffrey (1855^e séance, par. 30), Paul Reuter (1855^e séance, par. 52); Sir Ian Sinclair (1857^e séance, par. 25) et José M. Lacleta Muñoz (1859^e séance, par. 33) (*Annuaire ... 1984*, vol. I, p. 246 à 253, 258 à 264 et 269 à 276).

¹⁸⁹ E. Razafindralambo, Président du Comité de rédaction, au par. 230 du compte rendu analytique de la 2033^e séance de la Commission (*Annuaire ... 1987*, vol. I, p. 249 à 250). Au cours de la même séance (par. 30), le président a également fait observer que « [c]ertains membres du Comité de rédaction ont souligné qu'il faudrait envisager ultérieurement de définir la notion d'"optimum d'utilisation et d'avantages" dans l'article consacré aux expressions employées. L'utilisation équitable ne signifie pas le partage égal du cours d'eau : il se peut même que, dans certains cas, ce soit un partage "inégal" des utilisations qui constitue une utilisation équitable. Cette notion fondamentale sera expliquée en détail dans le commentaire ».

¹⁹⁰ Le texte de la proposition du président figure dans le document A/C.6/51/NUW/WG/CRP.94 (1997).

¹⁹¹ Voir en particulier les réactions à la proposition du président concernant l'article 5 et au texte finalement adopté par le Groupe de travail exprimées par la République arabe syrienne (A/C.6/51/SR.61, par. 5 et 44 et A/C.6/51/SR.62/Add.1, par. 25) et l'Iraq (A/C.6/51/SR.62/Add.1, par. 31). L'ajout de l'expression « compte tenu des intérêts des États du cours d'eau concernés » à l'article 5 a toutefois été jugé inacceptable par la Turquie (A/C.6/51/SR.61, par. 7). Des remarques critiques ont également été formulées lors de cette séance par les représentants de l'Afrique du Sud (par. 16), de la Bolivie (par. 23), de la Chine (par. 14), de la Colombie (par. 30), de l'Espagne (par. 3), de l'Inde (par. 22) et de la République-Unie de Tanzanie (par. 8). Le représentant de la République-Unie de Tanzanie a ultérieurement réaffirmé les réserves de sa délégation, annonçant qu'elle s'abstiendrait lors du vote de la résolution de l'Assemblée générale adoptant la Convention au motif que l'expression ajoutée à l'article 5 introduisait un « élément d'incertitude » (A/51/PV.99, p. 3).

satisfactions compatibles avec la poursuite de ses propres intérêts et de montrer qu'il a, à ce sujet, un souci réel de concilier les intérêts de l'autre riverain avec les siens propres¹⁹².

En effet, afin d'entériner le passage d'une approche individualiste à une démarche « d'intérêt commun » eu égard à la notion d'optimum d'utilisation en vertu du principe en question, les utilisateurs doivent mettre en place un certain degré de coordination. Les États riverains doivent se consulter et engager des négociations sur l'utilisation d'un cours d'eau donné de telle sorte que leurs activités respectives puissent être coordonnées et que le résultat optimal global puisse être obtenu par la voie de la coopération¹⁹³.

Cette approche de l'optimum d'utilisation suppose non seulement une coordination, mais également des formes plus poussées de coopération. L'architecture générale de l'article 5 vient le confirmer, puisque le principe d'utilisation équitable établi au paragraphe 1 est lié au principe de participation équitable visé au paragraphe 2. De fait, le concept de participation équitable a pour but d'exprimer, selon les termes employés par la Commission, « non seulement "le droit d'utiliser le cours d'eau international", mais aussi le devoir de coopérer activement avec les autres États du cours d'eau "à sa protection et à sa mise en valeur" »¹⁹⁴. C'est l'approche qu'a retenue la Cour dans l'arrêt rendu en l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*. En effet, la Cour a estimé que le rétablissement entre la Hongrie et la Slovaquie d'un régime commun d'exploitation du Danube, initialement prévu par un traité de 1977 « reflétera aussi *de façon optimale* le concept d'une utilisation conjointe des ressources en eau partagées pour atteindre les différents objectifs mentionnés dans le traité et ce, conformément au paragraphe 2 de l'article 5 de la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation »¹⁹⁵.

Ainsi, le rôle renforcé de la coopération institutionnelle en vertu de la Convention sur l'eau vient compléter la Convention sur les cours d'eau et peut constituer un moyen avancé de mise en œuvre du cadre normatif de cette dernière eu égard à l'optimum d'utilisation. La dimension concertée du principe en question sera traitée ultérieurement en relation avec le paragraphe 2 de l'article 5, qui porte sur la participation équitable.

Malgré le raisonnement présenté plus haut, il est difficile d'échapper à l'impression que le concept d'optimum d'utilisation relève davantage de la dimension économique de l'utilisation et de la mise en valeur des ressources en eau douce que de la protection de leur environnement. Rappelons qu'à l'époque de la rédaction des projets d'articles, la question de la gestion écologiquement rationnelle des ressources en eau douce commençait à faire partie intégrante du discours juridique international sur le développement durable, au cœur de la Conférence de Rio¹⁹⁶.

Le Groupe de travail a finalement ajouté le terme « durables » à l'article 5 du projet de convention tout en conservant le terme « optimum » pour qualifier les objectifs de l'utilisation équitable d'un cours d'eau international. En faisant expressément mention de l'utilisation durable à l'article 5, plutôt que de la diluer en l'intégrant à la liste des facteurs pertinents figurant à l'article 6, la Convention renforce la pertinence normative du concept de durabilité en application du principe d'utilisation équitable. En d'autres termes, la Convention envisage la durabilité non seulement comme l'un des facteurs d'évaluation du caractère équitable d'une utilisation donnée, mais également comme une valeur inhérente au concept même d'utilisation équitable. Il ressort clairement de la mention de « l'utilisation optima[le] et durable » au paragraphe 1 de l'article 5 que les impératifs de conservation et de protection de l'environnement doivent être intégrés au schéma d'exploitation économique des cours d'eau internationaux à des fins d'utilisation équitable. Ce choix empêche donc, et de façon définitive, toute approche restrictive du champ d'application du principe d'utilisation équitable, traditionnellement conçu comme limité à la répartition des eaux entre les coriverains.

L'application du concept de développement durable à la gestion des ressources naturelles exige que ces ressources soient utilisées à un rythme qui, tout en assurant un accès permanent aux ressources à court

¹⁹² Voir *supra*, note 27.

¹⁹³ Ainsi que l'a souligné à juste titre un ancien membre de la Commission, « ... la règle du bénéfice maximal ou optimal [n'est plus perçue] comme un droit individuel des États, mais comme un objectif obligatoire sous-tendant toute conciliation d'utilisations incompatibles et, partant, comme une restriction juridiquement contraignante du pouvoir discrétionnaire relatif aux utilisations menées dans les intérêts de la communauté ». (G. Hafner, « The Optimum Utilization Principle and the Non-Navigational Uses of Drainage Basins », *Austrian Journal of Public International Law*, vol. 45, 1993, p. 132 à 146).

¹⁹⁴ Par. 6 du commentaire du projet d'article 5, (*Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 103).

¹⁹⁵ Voir *supra*, note 26, par. 147 (les italiques sont de nous).

¹⁹⁶ Voir Action 21 (*supra*, note 98) et la Déclaration de Rio (*supra*, note 23).

terme, ne met pas en péril leur disponibilité à long terme, afin de préserver les intérêts des générations actuelles comme des générations futures¹⁹⁷.

Le lien entre le principe d'utilisation équitable et celui de développement durable est particulièrement important dans la Convention sur l'eau. S'agissant du principe d'utilisation équitable, établi au paragraphe 2 c) de l'article 2, le Guide pour l'application de la Convention sur l'eau souligne que :

Le paragraphe 2 c) de l'article 2 doit être lu à la lumière du paragraphe 5 c) du même article, selon lequel « les ressources en eau sont gérées de manière à répondre aux besoins de la génération actuelle sans compromettre la capacité des générations futures de satisfaire leurs propres besoins ». Cette interprétation s'inscrit tout à fait dans les évolutions récentes du droit international coutumier de l'eau, selon lesquelles le principe d'utilisation équitable intègre le principe du développement durable. Ainsi, l'utilisation d'une masse d'eau internationale peut être considérée comme n'étant pas équitable, et donc illicite, si elle n'est pas durable¹⁹⁸.

Les principes d'équité intergénérationnelle et d'action préventive, clairement établis par la Convention sur l'eau, sont des concepts étroitement liés à l'utilisation durable des ressources naturelles, mais qui ne figurent pas expressément aux articles 5 ou 6 de la Convention sur les cours d'eau. L'équité intergénérationnelle est le fondement conceptuel de la dimension intertemporelle et de la perspective à long terme de l'utilisation des ressources naturelles, inhérentes à l'objectif d'utilisation durable¹⁹⁹.

D'un autre côté, le principe de précaution, selon lequel des mesures efficaces en faveur de l'environnement doivent être fondées sur des actions préventives, est une condition préalable à la gestion durable des ressources naturelles²⁰⁰. L'article 5 de la Convention sur l'eau établit que les parties doivent être guidées, entre autres, par

Le principe de précaution, en vertu duquel elles ne diffèrent pas la mise en œuvre de mesures destinées à éviter que le rejet de substances dangereuses puisse avoir un impact transfrontière au motif que la recherche scientifique n'a pas pleinement démontré l'existence d'un lien de causalité entre ces substances, d'une part, et un éventuel impact transfrontière, d'autre part.

Le lien étroit entre le développement durable, l'action préventive et les intérêts des générations présentes et futures dans le contexte des cours d'eau internationaux a été confirmé, fût-ce de manière quelque peu sibylline, par la Cour dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*. Avant de déclarer que la Slovaquie et la Hongrie devraient adopter un regard neuf sur les effets sur l'environnement de l'exploitation de la centrale électrique de Gabčíkovo pour l'utilisation du Danube, la Cour a formulé la déclaration suivante, quelque peu étonnante :

... dans le domaine de la protection de l'environnement, *la vigilance et la prévention* s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages.

¹⁹⁷ Voir l'article 2 de la Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992 (consultable à l'adresse www.cbd.int/doc/legal/cbd-fr.pdf), qui définit l'« utilisation durable » comme « l'utilisation des éléments constitutifs de la diversité biologique d'une manière et à un rythme qui n'entraînent pas leur appauvrissement à long terme, et sauvegardent ainsi leur potentiel pour satisfaire les besoins et les aspirations des générations présentes et futures ». Voir également le par. 54 de l'art. 2 de la Convention sur la protection du Danube (*supra*, note 81), qui prévoit « le maintien de l'accès aux ressources naturelles » parmi les objectifs d'une gestion durable de l'eau.

¹⁹⁸ Voir *supra*, note 74, par. 102.

¹⁹⁹ J. Brunnée et S.J. Toope, *supra*, note 43, p. 68.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 68 à 69. Le lien étroit entre l'utilisation durable des ressources et le principe de précaution est souligné dans l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, adoptée le 4 août 1995 (Recueil des Traités des Nations Unies, vol. 2167, n° 37924; à l'article 5 (« Principes généraux »), les parties « a) Adoptent des mesures pour assurer la durabilité à long terme des stocks de poissons chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs et en favoriser l'exploitation optimale; [...] c) Appliquent l'approche de précaution conformément à l'article 6 », et au paragraphe 1 de l'article 6 (« Application de l'approche de précaution »), « appliquent largement l'approche de précaution à la conservation, à la gestion et à l'exploitation des stocks de poissons chevauchants et des stocks de poissons grands migrateurs afin de protéger les ressources biologiques marines et de préserver le milieu marin ».

Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions a un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité — *qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures* —, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies. Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des États envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé. Le concept de *développement durable* traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement²⁰¹.

Compte tenu de ce qui précède, on peut faire valoir que, par la voie du concept de durabilité, les principes essentiels de droit de l'environnement ayant émergé de la Conférence de Rio ont été introduits dans le droit international de l'eau, ce que confirme une interprétation complémentaire des deux Conventions.

Bien que la protection des écosystèmes ne figure pas à l'article 5 de la Convention sur les cours d'eau, elle fait partie intégrante du cadre conceptuel global lié au principe du développement durable²⁰². La référence implicite à la protection des écosystèmes dans le cadre du principe d'utilisation équitable visé à l'article 5 de la Convention est confirmée par la disposition finale du paragraphe 1, selon laquelle les objectifs d'utilisation optimale et durable d'un cours d'eau international doivent être poursuivis « conformément aux moyens nécessaires à une protection adéquate du cours d'eau ». Étant donné que cette expression rappelle la quatrième partie de la Convention (« Protection, préservation et gestion ») et que les dispositions relatives à l'environnement y figurant prennent pour modèle une approche écosystémique, cette approche pourrait aussi bien s'appliquer au principe d'utilisation équitable.

4.3.2.2. Le principe de participation équitable (paragraphe 2 de l'article 5)

Le paragraphe 2 de l'article 5 consacre le principe de participation équitable :

Les États du cours d'eau participent à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection d'un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. Cette participation comporte à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau et le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur, comme prévu dans les présents articles.

Ce paragraphe reproduit le texte du paragraphe 2 de l'article 5 des projets d'articles adopté par la Commission en 1994²⁰³. La Commission a souligné que l'élément essentiel de la notion de participation équitable était « la coopération qui s'instaure entre les États du cours d'eau par la participation [...] aux mesures, travaux et activités visant à assurer finalement l'utilisation optimale du cours d'eau et à garantir qu'elle soit compatible avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau »²⁰⁴.

En conséquence, d'un point de vue systémique, le principe de participation équitable est l'expression concrète du principe de coopération et un moyen nécessaire à la mise en œuvre du principe fondamental de l'utilisation équitable énoncé au paragraphe 1 de l'article 5²⁰⁵. Il ressort des travaux préparatoires de la Convention que

²⁰¹ Voir *supra*, note 26, par. 140 (les italiques sont de nous). Il convient toutefois de souligner qu'en faisant référence aux concepts de développement durable et d'équité intergénérationnelle, la Cour s'est gardée de souscrire explicitement au principe de précaution, préférant s'en tenir à la notion moins controversée d'action préventive : pour une évaluation critique de ces aspects de l'arrêt rendu dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, voir J. Sohnle, « Irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence de la C.I.J. : l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* », *Revue internationale de droit international public*, vol. 1, 1998, p. 108 à 111.

²⁰² J. Brunnée et S.J. Toope, *supra*, note 43, p. 68. Voir aussi le paragraphe 4 de l'article 2 de la Convention sur la protection du Danube (*supra*, note 81), selon lequel il doit être prévu une gestion durable de l'eau afin de favoriser « la non-détérioration prolongée de l'environnement et la protection des écosystèmes ».

²⁰³ *Annuaire ... 1994*, p. 102.

²⁰⁴ Paragraphe 5 du commentaire du projet d'article 5, *ibid.*, p. 103.

²⁰⁵ « [...] le principe de la participation équitable [...] consiste à admettre, comme le disent les spécialistes, qu'une action conjointe des États du cours d'eau est nécessaire pour produire le maximum d'avantages pour chacun d'eux, tout en aidant à préserver une répartition équitable des utilisations et en assurant une protection adéquate aux États du cours d'eau et au cours d'eau international lui-même. Bref, pour parvenir à l'utilisation optimale et aux avantages optimaux, les États du cours d'eau international doivent asseoir leur coopération sur la protection et la mise en valeur du cours d'eau » (*ibid.*).

l'obligation de coopération n'est pas un détail à laisser à l'appréciation des parties à un accord de cours d'eau, mais une obligation de nature générale visant à maintenir l'équilibre entre, d'une part, le droit d'utiliser un cours d'eau international et, d'autre part, le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur²⁰⁶. Le fait que, conformément au paragraphe 2 de l'article 5, cette obligation doit être mise en œuvre « comme prévu dans les présents articles » souligne le lien fonctionnel entre la règle de l'utilisation équitable et les dispositions de procédure de la Convention visant à énoncer clairement le principe général de coopération. Le rôle de la coopération est en outre ainsi renforcé en tant que facteur essentiel pour interpréter et appliquer la Convention dans son ensemble.

La relation entre le principe de coopération et les principes essentiels de la Convention sera certes examinée plus avant en temps voulu²⁰⁷, mais la notion d'utilisation équitable consacrée au paragraphe 2 de l'article 5 a des incidences supplémentaires sur les aspects procéduraux de la coopération. Comme l'a fait observer Lammers, la notion de participation équitable

[...] ne renvoie pas uniquement au devoir de coopérer, mais est l'expression du devoir de respecter ce qu'il est convenu d'appeler « l'approche intégrée », qui suppose la prise en compte de toutes les utilisations de l'eau, en lien avec d'autres problèmes connexes comme la conservation de la nature [...]. [Elle] concerne deux types d'interférences avec l'eau, à savoir non seulement les interférences dues aux activités humaines (qui se rapportent essentiellement au principe d'utilisation équitable), mais également les interférences dues à la nature²⁰⁸.

En d'autres termes, la participation équitable suppose une gamme plus large d'activités, comme la lutte contre les inondations, l'érosion et les vecteurs de maladies, la régularisation du débit, la sauvegarde des ouvrages hydrauliques et la protection de l'environnement, qui se rapportent, à proprement parler, à la conservation et non à l'exploitation économique des cours d'eau.

Dans la mesure où le contrôle et la protection sont essentiels à l'entretien du cours d'eau et au bien-être de la communauté vivant sur ses berges, chaque État riverain, agissant séparément, est tenu d'adopter de telles mesures, indépendamment de toute coopération ou coordination avec des États riverains²⁰⁹. Par conséquent, le principe de participation équitable renforce l'idée d'un cours d'eau international vu comme une « communauté fluviale » donnant naissance à l'obligation pour les riverains de prendre des mesures pour en garantir la protection et le contrôle. Cela confirme que la notion de « ressources naturelles partagées » constitue le pilier conceptuel de la Convention sur les cours d'eau²¹⁰.

La reconnaissance par la Convention, dans le cadre du principe d'utilisation équitable, de l'élément de participation traité sur le plan normatif en imposant les obligations de coopération, de consultation et de négociations, trouve un équivalent dans la promotion de cet élément à la faveur de la coopération institutionnelle obligatoire qu'impose la Convention sur l'eau. Cette coopération, qui s'organise dans le cadre des organes communs bilatéraux ou multilatéraux créés en vertu du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention sur l'eau, élimine en effet la nécessité d'inscrire dans une norme le principe de coopération au nom du principe d'utilisation équitable.

²⁰⁶ Voir les déclarations faites lors de la même séance (A/C.6/51/SR.15) par les délégations du Venezuela (par. 10), du Bangladesh (par. 47) et du Brésil (par. 49). Voir également les positions exprimées par l'Italie (par. 15), le Viet Nam (par. 18), la Syrie (par. 20), la Grèce (par. 24) et l'Allemagne (par. 43).

²⁰⁷ Voir *infra*, chapitre 5.

²⁰⁸ J.G. Lammers (*supra*, note 37), p. 548. Cité par M. Fitzmaurice, « Water Management in the 21st Century », in A. Anghie et G. Sturgess (dir.), *Legal Visions of the 21st Century: Essays in Honour of Judge Christopher Weeramantry*, La Haye et Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 431 et 432.

²⁰⁹ Lammers relève les similitudes entre cette obligation et les obligations découlant de la navigation fluviale, qui imposent aux États riverains de maintenir en bon état la portion des cours d'eau navigables relevant de leur juridiction, aux fins de la libre navigation (J.G. Lammers, *The Present State of Research Carried Out by the English-Speaking Section of the Centre for Studies and Research*, La Haye : Académie de droit international de La Haye, 1986, p. 82). Voir également art. XVIII des Règles d'Helsinki, *supra*, note 80.

²¹⁰ Voir *supra*, section 4.2.

4.3.2.3. Facteurs pertinents pour évaluer l'utilisation équitable (article 6)

La coutume et la pratique internationales ont fait apparaître un certain nombre de facteurs à prendre en considération pour appliquer le principe général au cas par cas²¹¹. La Convention sur les cours d'eau codifie en termes abstraits ces facteurs qui s'appliquent aux circonstances propres à chaque bassin et sont définis lors de négociations bilatérales et multilatérales entre riverains, qu'elles soient menées directement ou dans le cadre des organes communs créés en application du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention sur l'eau. Là encore, les éléments suivants d'explication et d'interprétation de la Convention sur les cours d'eau sont également utiles pour interpréter et appliquer la Convention sur l'eau.

L'article 6 de la Convention sur les cours d'eau complète la règle fondamentale énoncée à l'article 5 et fournit, conformément aux orientations générales susmentionnées issues de la coutume, une liste de facteurs pertinents pour appliquer le principe d'utilisation équitable et raisonnable en fonction des circonstances propres à chaque bassin :

1. L'utilisation de manière équitable et raisonnable d'un cours d'eau international au sens de l'article 5 implique la prise en considération de tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment :

Les facteurs géographiques, hydrographiques, hydrologiques, climatiques, écologiques et autres facteurs de caractère naturel;

Les besoins économiques et sociaux des États du cours d'eau intéressés;

La population tributaire du cours d'eau dans chaque État du cours d'eau;

Les effets de l'utilisation ou des utilisateurs du cours d'eau dans un État du cours d'eau sur d'autres États du cours d'eau;

Les utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau;

La conservation, la protection, la mise en valeur et l'économie dans l'utilisation des ressources en eau du cours d'eau ainsi que les coûts des mesures prises à cet effet;

L'existence d'autres options, de valeur comparable, susceptibles de remplacer une utilisation particulière, actuelle ou envisagée.

2. Dans l'application de l'article 5 ou du paragraphe 1 du présent article, les États du cours d'eau intéressés engagent, si besoin est, des consultations dans un esprit de coopération.

3. Le poids à accorder à chaque facteur est fonction de l'importance de ce facteur par rapport à celle d'autres facteurs pertinents. Pour déterminer ce qu'est une utilisation raisonnable et équitable, tous les facteurs pertinents doivent être examinés ensemble et une conclusion tirée sur la base de l'ensemble de ces facteurs.

Le premier paragraphe de cet article énumère les facteurs à prendre en considération pour déterminer le caractère équitable et raisonnable d'une utilisation donnée d'un cours d'eau international, tandis que les paragraphes 2 et 3 fournissent des directives importantes concernant l'application de ce principe au cas par cas.

Comme l'a indiqué la Commission, il appartient à chaque État riverain d'évaluer son utilisation du cours d'eau en tenant compte des facteurs pertinents pour s'assurer qu'il respecte le principe d'utilisation équitable²¹². Ce mode de fonctionnement n'exclut pas la possibilité de faire participer des commissions techniques, des organismes mixtes ou des tierces parties à l'évaluation des facteurs pertinents conformément aux accords et

²¹¹ Voir X. Fuentes, « The Criteria for the Equitable Utilization of International Rivers », *British Yearbook of International Law*, vol. 67, 1996, p. 337 à 412.

²¹² Voir le projet d'article 7 (« Facteurs pertinents à prendre en considération pour une utilisation équitable et raisonnable »), adopté en première lecture en 1987, et qui correspond en grande partie au projet d'article 6 adopté en deuxième lecture en 1994, ainsi que le commentaire correspondant (*Annuaire ... 1987*, vol. II (deuxième partie) p. 37 à 39).

aux arrangements acceptés par les États du cours d'eau intéressés²¹³; en fait, l'évaluation de l'État peut être déterminante pour garantir un système consultatif et invitant à la participation. À cette fin, le paragraphe 2 de l'article 6 prévoit que les « États du cours d'eau intéressés engagent, si besoin est, des consultations dans un esprit de coopération ».

Le fait que cette obligation est déclenchée « si besoin est » ne devrait pas être interprété comme limitant foncièrement sa portée. Comme l'a souligné la Commission, « les États du cours d'eau devront, pour veiller à ce que leur comportement soit conforme à l'obligation d'utilisation équitable formulée à l'article 6, tenir compte *successivement* de tous les facteurs qui sont pertinents pour garantir le respect des droits égaux et corrélatifs des autres États du cours d'eau »²¹⁴. Par conséquent, on peut faire valoir que la participation des riverains à un processus constant de consultation au sujet du caractère équitable d'une utilisation donnée du cours d'eau commun est nécessaire pour qu'un État du cours d'eau respecte de bonne foi les obligations que lui imposent l'article 5 et le paragraphe 1 de l'article 6. Le critère a priori peu contraignant des consultations prévues au paragraphe 2 de l'article 6 permettra de limiter le caractère unilatéral de l'évaluation de l'utilisation équitable d'un cours d'eau international sans minimiser l'importance des mesures prises individuellement pour appliquer les dispositions concernées.

La démarche « successive » susmentionnée est manifestement préférable dans le cadre d'organes communs dont la création est obligatoire en application du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention sur l'eau; à cet égard, le paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention sur les cours d'eau est purement incitatif, comme expliqué plus avant dans le contexte de l'obligation générale de coopération²¹⁵.

L'absence de classement hiérarchique parmi les facteurs ou les circonstances qui peuvent être pertinents pour une utilisation équitable est une caractéristique inhérente à cette démarche fondée sur une « analyse factorielle », qui est largement reconnue par les spécialistes et que les organismes de droit privé cherchent à codifier²¹⁶.

La Commission a en grande partie adopté cette démarche sans établir expressément l'absence de priorité parmi les facteurs énumérés dans les projets d'articles applicables²¹⁷. Toutefois, la question a pris une place importante lors des négociations menées au sein du Groupe de travail, notamment en ce qui concerne l'idée selon laquelle les besoins humains essentiels découlant de la dépendance de la population vis-à-vis du cours d'eau devaient être prioritaires par rapport aux autres facteurs²¹⁸.

Finalement, le Comité de rédaction du Groupe de travail a décidé de rendre explicite l'absence de hiérarchie parmi les facteurs en ajoutant un nouveau paragraphe 3 à l'article 6. Ainsi, un État ne peut maintenir le caractère équitable de l'utilisation actuelle ou projetée d'un cours d'eau international s'il se fonde essentiellement sur un seul facteur ou s'il concilie tous les facteurs pertinents sans tenir compte des intérêts d'autres États riverains, de la gestion durable ou de la protection adéquate du cours d'eau.

²¹³ Cette possibilité a été soulignée par le Président du Comité de rédaction lors de la 2033^e séance de la Commission (comptes rendus analytiques de la 2033^e séance, par. 50, in *Annuaire ... 1987*, vol. I, p. 251) et au paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 6 (*Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie) p. 107).

²¹⁴ Paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 6 (*Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie) p. 107, les italiques sont de nous)

²¹⁵ Voir *infra*, chapitre 5.

²¹⁶ Voir le commentaire du paragraphe III de l'article V des Règles d'Helsinki, qui énonce clairement que « aucun poids particulier n'a été accordé à chaque facteur et tous les facteurs ne seront pas pertinents dans tous les cas. Chaque facteur se voit attribuer le poids qu'il mérite en fonction de tous les autres facteurs. De plus, aucun facteur ne joue en soi un rôle prééminent par rapport aux autres facteurs » (*supra*, note 80, p. 489).

²¹⁷ Au paragraphe 3 du commentaire du projet d'article 6, la Commission a indiqué que « [aucune] priorité, aucun poids particulier ne sont assignés aux facteurs et circonstances énumérés [au paragraphe 1 de l'article 6]; certains d'entre eux peuvent se trouver plus importants dans certains cas, d'autres auront plus de poids dans d'autres cas » (*Annuaire ... 1994*, p. 107).

²¹⁸ L'opinion des délégations les plus actives à ce sujet est particulièrement importante dans le débat sur la question controversée de savoir si le droit international de l'eau comporte une dimension touchant aux droits de l'homme (voir *infra*, chapitre 6). La délégation finlandaise a notamment fait une proposition aux termes de laquelle « le poids à accorder à chacun des facteurs doit être déterminé dans la perspective du développement durable de l'ensemble du cours d'eau considéré, et en prêtant une attention particulière aux besoins humains essentiels, notamment au degré de dépendance de la population vis-à-vis du cours d'eau » (A/C.6/51/NUW/WG/CRP.18 et A/C.6/51/SR.15, par. 53). Lors de la 15^e séance de la Commission, cette proposition a reçu le soutien des délégations du Portugal (A/C.6/51/SR.15, par. 56), de la Hongrie (*ibid.*, par. 58), des Pays-Bas (*ibid.*, par. 64) et de l'Allemagne (*ibid.*, par. 66). Voir également la proposition du Royaume-Uni dans le même esprit (A/C.6/51/NUW/WG/CRP.54).

Il convient de souligner que la liste des facteurs a un caractère indicatif et non pas limitatif²¹⁹ et que les rédacteurs du Groupe de travail ont approuvé la souplesse avec laquelle la Commission avait abordé la question²²⁰. Cette souplesse est d'autant plus évidente lorsqu'on la compare à la liste plus détaillée des facteurs énumérés à l'article V des Règles d'Helsinki; l'article 6 de la Convention sur les cours d'eau n'exclut clairement pas la possibilité de prendre en considération des éléments plus détaillés et plus précis, même s'ils ne sont pas expressément mentionnés, en fonction des circonstances propres à chaque cas.

Contrairement aux dispositions applicables des Règles d'Helsinki, le paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention sur les cours d'eau ne prévoit pas d'indemnités. Toutefois, la liste des facteurs énumérés à l'article 6 n'étant pas exhaustive, on ne saurait a priori exclure la possibilité de verser des indemnités, en tant que facteur à prendre en considération pour évaluer le caractère équitable d'une utilisation donnée. Comme indiqué précédemment, la question de l'indemnisation est évoquée au paragraphe 2 de l'article 7, comme faisant partie intégrante des mesures prises en cas de dommage significatif causé par l'utilisation (diligente) du cours d'eau. Dans ce contexte, l'indemnisation est conçue comme un élément à prendre en considération pour trouver un juste équilibre entre les intérêts des États concernés et pourrait ainsi être utilisée rétroactivement et parallèlement au dommage causé, comme un facteur pertinent pour évaluer l'utilisation équitable d'un cours d'eau international. Ce choix rédactionnel évite de partir du postulat qu'une utilisation qui cause un dommage significatif est équitable de plein droit, du simple fait que l'État utilisateur peut verser des indemnités pour le dommage subi.

Les facteurs énumérés au paragraphe 1 de l'article 6 peuvent être répartis en deux groupes : les facteurs naturels, à savoir ceux qui relèvent des caractéristiques physiques d'un cours d'eau international, et les facteurs fonctionnels ou d'utilisation, à savoir les facteurs liés aux besoins économiques et sociaux et à la situation des États riverains concernés. Même si ces termes ne sont utilisés qu'à des fins descriptives, les spécialistes se sont fondés sur cette distinction pour en tirer des conséquences majeures en ce qui concerne l'importance relative des facteurs pertinents. Certains ont estimé que les facteurs relevant d'une des deux catégories jouaient un rôle juridique plus important dans la répartition des cours d'eau internationaux, tandis que les facteurs relevant de l'autre catégorie jouaient un rôle subsidiaire, dans la mesure où ils étaient utilisés pour affiner équitablement la solution trouvée en fonction de l'autre catégorie²²¹.

Ces deux positions devraient être écartées, ne serait-ce qu'en raison des conséquences foncièrement injustes de leur application. Partir du principe que les droits juridiques liés à une utilisation donnée d'un cours d'eau peuvent être institués pour de simples raisons géographiques ou hydrologiques avantagerait indûment des États favorisés par la nature au détriment des véritables besoins en eau d'autres États riverains. À l'inverse, estimer que seuls les besoins peuvent donner naissance à des droits juridiques déclencherait une « course aux besoins » parmi les États du cours d'eau qui s'empresseraient de s'approprier les eaux du fleuve commun, sans tenir compte des conditions naturelles du fleuve susceptibles de porter atteinte à son utilisation et à sa protection. Comme l'a indiqué Fuentes :

Il est impossible d'approuver l'une ou l'autre de ces opinions extrêmes. La première part du principe que les besoins constituent l'unique critère équitable applicable et méconnaît l'existence d'autres critères applicables pour résoudre des litiges concernant des ressources naturelles transfrontières. La deuxième suppose, à tort, que la règle de l'utilisation équitable est une règle qui s'applique pour « corriger » une répartition déjà établie par la nature²²².

²¹⁹ Voir le paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 6 (*Annuaire ... 1994*, p. 107).

²²⁰ Voir la déclaration du Président du Comité de rédaction aux paragraphes 29 à 34 du compte rendu analytique de la 2033^e séance de la Commission (*Annuaire ... 1987*, vol. I, p. 249 et 250), lorsque le texte de l'article 6 (art. 7 dans la version définitive) a été adopté en première lecture (*ibid.*, p. 251). Selon cette approche, le Comité de rédaction a décidé, à l'époque, de ne pas adopter la liste plus détaillée de 11 facteurs proposée en 1983 par le Rapporteur spécial, Jens Evensen (voir *supra*, note 61, par. 195, p. 179).

²²¹ Pour un défenseur de l'idée selon laquelle les facteurs naturels jouent un rôle prépondérant dans la répartition des eaux fluviales, voir B.R. Chauhan, *Settlement of International Water Law Disputes in International Drainage Basins* (Berlin, E. Schmidt, 1981), p. 217 à 225. Chauhan définit les « facteurs instituant des droits juridiques » comme les facteurs présentant un caractère essentiellement naturel et les « facteurs équitables » comme ceux qui présentent uniquement un caractère complémentaire ou fonctionnel. Ce point de vue a été réaffirmé dans son ouvrage intitulé *Settlement of International and Inter-State Water Disputes in India* (Bombay, N.M. Tripathi, 1992), p. 54 à 59. Pour un partisan de l'interprétation inverse, faisant valoir que les « facteurs sans rapport avec la disponibilité et l'utilisation des eaux sont insignifiants et ne devraient pas être pris en considération », voir J. Lipper, *supra*, note 20, p. 45 et 63.

²²² Voir X. Fuentes, *supra*, note 211, p. 395.

Cet argument confirme la sagesse de la solution adoptée au paragraphe 3 de l'article 6 de la Convention, selon laquelle pour déterminer le caractère équitable d'une utilisation donnée, « [...] tous les facteurs pertinents doivent être examinés ensemble et une conclusion tirée sur la base de l'ensemble de ces facteurs ». Ainsi, l'incidence de chaque facteur sur le caractère équitable de l'utilisation ne peut pas, a priori, être déduite de son caractère naturel ou fonctionnel, mais doit être évaluée prudemment eu égard aux autres facteurs pertinents dans l'affaire en cause.

Le paragraphe 1 a) de l'article 6 couvre « les facteurs géographiques, hydrographiques, hydrologiques, climatiques, écologiques et autres facteurs de caractère naturel ». La mention « autres facteurs » permet de garantir que les facteurs naturels qui ne sont pas explicitement énumérés dans cette disposition ne sont pas nécessairement exclus de l'évaluation de l'utilisation équitable et peuvent être pris en considération au cas par cas. Il convient en outre de souligner que les facteurs naturels ne doivent pas être exclusivement considérés comme liés à la situation géographique des États riverains par rapport au cours d'eau; ils renvoient également aux conditions naturelles du cours d'eau proprement dit et leur prise en considération peut avoir une incidence importante sur sa conservation et sa préservation écologique. Par conséquent, le facteur écologique mentionné au paragraphe 1 a) peut être pertinent pour évaluer le caractère équitable d'une utilisation donnée.

Les alinéas b) à g) du paragraphe 1 de l'article 6 couvrent les facteurs de nature « fonctionnelle ». Le paragraphe 1 b) (« Les besoins économiques et sociaux des États du cours d'eau intéressés »)²²³ rappelle, de manière générale, l'importance au cas par cas des besoins en eau de caractère économique et social des États, parallèlement aux autres facteurs pertinents énumérés au paragraphe 1 de l'article 6²²⁴, pour une évaluation intégrée du caractère équitable d'une utilisation donnée. Le concept de la dépendance que renferme le paragraphe 1 c) (« La population tributaire du cours d'eau dans chaque État du cours d'eau ») suppose la prise en compte, lors d'une évaluation intégrée du caractère équitable d'une utilisation donnée, « tant de la dimension de la population tributaire du cours d'eau que du degré ou de l'étendue de sa dépendance »²²⁵. En mentionnant spécifiquement la population tributaire, cette disposition renforce la dimension des droits de l'homme que revêt l'utilisation des eaux de cours d'eau internationaux (que l'on examinera ci-dessous).

Le paragraphe 1 d) (« Les effets de l'utilisation ou des utilisations du cours d'eau dans un État du cours d'eau sur d'autres États du cours d'eau »)²²⁶ semble indiquer que le fait de causer un dommage significatif n'est qu'un des facteurs auxquels un poids équivalent doit être accordé dans l'évaluation du caractère équitable d'une utilisation²²⁷. Cette approche est conforme à la position des délégations qui ont préconisé la suppression de l'article 7, et l'introduction d'une nouvelle formulation au paragraphe 1 d) de l'article 6, pour inscrire le dommage parmi les facteurs pertinents pour une utilisation équitable²²⁸. Toutefois, le fait que l'obligation de ne pas causer de dommage significatif a finalement été introduite dans un autre article de la Convention et non à l'article 6 indique que la disposition vise moins la question du dommage significatif que les effets potentiels de l'utilisation d'un cours d'eau international. L'objectif de cette disposition est de souligner que, pour procéder à une analyse comparative coûts-bénéfices, le risque d'utilisations incompatibles d'un cours d'eau international doit être pris en considération. Partant, l'article 7 devrait être appliqué et interprété concurremment avec les facteurs énumérés au paragraphe 1 e) de l'article 6. Lorsqu'une utilisation peut avoir pour conséquence un dommage significatif, la question doit être examinée à la lumière des liens entre, d'une part, l'article 7 et, d'autre part, les articles 5 et 6.

Le paragraphe 1 e) de l'article 6 renvoie aux « utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau » en tant que facteurs pertinents pour une utilisation équitable. Il permet en grande partie de comprendre le débat sur l'importance à attacher aux utilisations actuelles et futures, selon le cas, pour évaluer le caractère équitable

²²³ *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie) p. 107.

²²⁴ Voir X. Fuentes, *supra*, note 211, p. 344 à 354.

²²⁵ Voir paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 6, in *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie) p. 107.

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Voir L. Caflisch, « La Convention du 21 mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation », in *Annuaire français de droit international*, vol. XLIII, 1997, p. 761 et 762.

²²⁸ Voir la proposition écrite formulée par la Suisse, à l'appui de l'introduction d'un nouveau paragraphe à l'article 5 ou à l'article 6 indiquant qu'une utilisation entraînant un dommage significatif pour l'écosystème d'un cours d'eau international pourrait être considérée comme équitable et raisonnable (A/C.6/51/NUW/WG/CRP.5). Voir également les commentaires de la Suisse concernant le projet d'article 7 dans le rapport du Secrétaire général intitulé « Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation : projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation et résolution sur les eaux souterraines captives transfrontières » (A/51/275), p. 44 et 45.

d'une utilisation. Pour les besoins de la présente étude, il suffit de rappeler que parmi les experts juridiques, on observe une division nette entre ceux qui avancent qu'il faut accorder la priorité aux utilisations actuelles et non aux utilisations potentielles, et ceux qui répondent que le fait d'octroyer un statut préférentiel aux utilisations actuelles reviendrait à accorder aux utilisateurs actuels le droit d'opposer leur veto à de nouvelles utilisations, portant ainsi atteinte au principe de l'égalité des droits entre les États riverains²²⁹.

La disposition adopte une approche neutre conforme à l'absence de classement hiérarchique entre les différents facteurs²³⁰. Toutefois, dans son rapport à l'Assemblée générale (A/51/869), le Groupe de travail a expliqué cette disposition en indiquant que « afin de déterminer si telle ou telle utilisation est équitable et raisonnable, il faudrait prendre en considération aussi bien les avantages que les inconvénients de l'utilisation considérée ». En faisant allusion aux effets tant bénéfiques que négatifs d'une utilisation donnée, qu'elle soit actuelle ou potentielle, le Groupe de travail a confirmé l'idée selon laquelle les alinéas d) et e) du paragraphe 1 de l'article 6 devaient être lus conjointement, c'est-à-dire que l'importance respective des utilisations actuelles et potentielles d'un cours d'eau international devait être déterminée non pas *in abstracto*, mais à la lumière d'une évaluation comparative de leurs effets respectifs.

Pour que les conséquences bénéfiques ou préjudiciables de futures utilisations soient jugées importantes, il doit exister une forte probabilité pour que lesdites utilisations se produisent et cette probabilité doit être étayée par des plans détaillés²³¹. D'une part, cette approche peut apaiser la crainte des États utilisateurs de devoir abandonner leurs utilisations actuelles pour laisser la place à la perspective incertaine de futures utilisations indéterminées. D'autre part, le fait de considérer sur un pied d'égalité les utilisations actuelles et les utilisations futures comme facteurs permet d'assurer que les premières ne seront pas invoquées pour établir un statut juridique qui accorde à l'État utilisateur précédent le droit irrévocable et acquis de poursuivre son utilisation d'un cours d'eau international²³². Cela peut soulager les États qui ont commencé leur développement économique plus tard que leurs riverains et qui craignent que les utilisations actuelles ne freinent leur développement.

Le paragraphe 1 f) énumère divers facteurs relatifs aux mesures que les États riverains peuvent prendre en vue de la conservation, de la protection et de la mise en valeur d'un cours d'eau international. L'expression « économie dans l'utilisation » revêt une importance particulière et, d'après la Commission, « exprime la nécessité d'éviter le gaspillage des ressources »²³³. Cela donne à penser que la diligence d'un État du cours d'eau dans l'exploitation efficace d'un cours d'eau international qui permet d'éviter le gaspillage d'eau, ou sa capacité prévisible en la matière, constitue un facteur pertinent pour établir le caractère équitable d'une utilisation donnée. Cela étant, conformément au concept d'utilisation optimale examiné précédemment, une gestion efficace des eaux n'engendre pas en soi de droits préférentiels applicables à l'utilisation de celles-ci²³⁴.

Le paragraphe 1 g) qualifie de facteur pertinent pour une utilisation équitable « [l']existence d'autres options, de valeur comparable, susceptibles de remplacer une utilisation particulière, actuelle ou envisagée ». Comme l'a expliqué la Commission, « [l]es solutions de remplacement pourront [...] prendre la forme non seulement

²²⁹ Voir, notamment, J.M. Wenig, « Water and Peace : The Past, the Present, and the Future of the Jordan River Watercourse : An International Law Analysis », *New York University Journal of International Law and Policy*, vol. 27 (1995), p. 350 à 354. Wenig soutient que « pour évaluer les utilisations de l'eau, la priorité devrait être accordée aux utilisations passées ou actuelles et non potentielles. Cette proposition se justifie logiquement » (ibid., p. 350). Voir également X. Fuentes (*supra*, note 211, p. 373), qui maintient que « on ne saurait affirmer que l'utilisation actuelle a priorité sur d'autres critères qui doivent être pris en considération ». Ce débat théorique a été relancé par certains membres de la Commission en 1994 lors de l'adoption, en deuxième lecture, du projet d'article 6; voir notamment le soutien de M. Al-Khasawneh en faveur de la reconnaissance de « l'importance particulière des utilisations actuelles » par rapport aux utilisations futures d'un cours d'eau international, et les objections soulevées par M. Villagrán Kramer et M. Szekely (compte rendu analytique de la 2354^e séance de la Commission, par. 49 à 52, *in Annuaire ... 1994*, vol. I, p. 185).

²³⁰ Comme l'a expliqué la Commission, l'alinéa e) du paragraphe 1 de l'article 6 « fait mention des utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau international pour bien montrer que ni les unes ni les autres n'ont la priorité, tout en reconnaissant la pertinence possible de l'un ou l'autre de ces facteurs, ou des deux, dans un cas donné » (par. 4 du commentaire du projet d'article 6, *in Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie) p. 107).

²³¹ Voir le commentaire de l'article VII des Règles d'Helsinki, qui souligne que « on ne saurait réserver l'utilisation des eaux à un État qui prévoit une utilisation future présentant un niveau élevé de certitude sans plans détaillés concernant l'utilisation future » (*supra*, note 80, p. 492).

²³² Pour une critique des concepts de droits acquis et de leur application à l'utilisation de cours d'eau internationaux, voir X. Fuentes, *supra*, note 211, p. 370 à 372.

²³³ Paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 6, *in Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie) p. 107.

²³⁴ Pour un débat général sur l'importance de l'efficacité dans l'utilisation équitable des cours d'eau internationaux, voir J.M. Wenig, *supra*, note 229, p. 351 à 354; et X. Fuentes, *supra*, note 211, p. 378 à 394. S'agissant du concept de l'utilisation optimale, voir *supra*, sous-section 4.3.2.1.

d'autres ressources en eau, mais aussi d'autres moyens que l'utilisation d'eau, comme d'autres sources d'énergie ou d'autres moyens de transport »²³⁵.

4.3.2.4. Le rapport entre les utilisations (article 10)

L'article 10 (« Rapport entre les utilisations ») constate l'absence de priorité parmi les différentes utilisations d'un cours d'eau international et fournit des indications sur la marche à suivre en cas de conflit entre des utilisations :

1. En l'absence d'accord ou de coutume en sens contraire, aucune utilisation d'un cours d'eau international n'a en soi priorité sur d'autres utilisations.
2. En cas de conflit entre des utilisations d'un cours d'eau international, le conflit est résolu eu égard aux articles 5 à 7, une attention spéciale étant accordée à la satisfaction des besoins humains essentiels.

Le principe de l'absence de priorité parmi les utilisations n'a pas suscité de controverse lors des travaux préparatoires et a été pleinement approuvé par le Groupe de travail comme un corollaire du principe d'utilisation équitable consacré aux articles 5 et 6. Toutefois, la règle n'exclut pas la possibilité pour un État, dans des circonstances bien définies, de revendiquer la priorité d'une utilisation déterminée pour répondre à ses besoins²³⁶. Le paragraphe 1 de l'article 10 (« Rapport entre les utilisations ») prévoit expressément l'absence de priorité entre les utilisations établies ou acceptées dans le cadre d'un accord entre les États concernés ou de la coutume : « En l'absence d'accord ou de coutume en sens contraire, aucune utilisation d'un cours d'eau international n'a en soi priorité sur d'autres utilisations ». Le terme « coutume », par opposition au terme « accord », pourrait être propice au non-respect de cette disposition, dont l'objectif est d'accorder un statut juridique aux utilisations actuelles. Le terme vise les sources acceptées du droit international, connues sous le nom de coutume « locale », « spéciale » ou « régionale », qui s'apparentent beaucoup plus au concept d'accord tacite qu'au droit coutumier général²³⁷. La Commission entendait éviter que le terme « coutume » soit interprété comme « exigeant la conclusion d'un accord formel entre les États intéressés, alors même que, dans la pratique, c'était souvent sur la base de la coutume et des traditions qu'une utilisation donnée était jugée prioritaire »²³⁸. De plus, la Commission a précisé que « [l]e mot "coutume" s'applique aux cas où il n'y a peut-être pas d'accord entre les États du cours d'eau, mais où ceux-ci, par tradition ou dans la pratique, donnent la priorité à une utilisation particulière »²³⁹. Cette déclaration, qui est loin de justifier l'unilatéralisme pour déterminer l'importance à accorder aux utilisations actuelles, renforce l'élément de l'accord informel, ou tacite, entre les États riverains intéressés. De même, dans son arrêt sur le fond de l'affaire du *Droit de passage*, la Cour internationale de Justice a indiqué que :

[...] se trouvant en présence d'une pratique clairement établie entre deux États et acceptée par les Parties comme régissant leurs rapports, la Cour doit attribuer un effet

²³⁵ Paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 6, in *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie) p. 107.

²³⁶ Cette possibilité est largement reflétée dans la pratique des traités internationaux relatifs aux cours d'eau transfrontières; voir notamment le Traité relatif aux eaux limitrophes et aux questions originant le long de la frontière entre le Canada et les États-Unis de 1909, consultable à l'adresse www.icj.org/fr/_BWT. L'article VIII du Traité énumère les usages suivants par ordre de préférence : « 1. Usages pour des fins domestiques et hygiéniques; 2. Usages pour la navigation; 3. Usages pour des fins de force motrice et d'irrigation ». Voir également le *Treaty between the United States of America and Mexico relating to the utilization of the waters of the Colorado and Tijuana Rivers, and of the Rio Grande (Rio Bravo) from Fort Quitman, Texas, to the Gulf of Mexico* (Traité de 1944 entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique relatif à l'utilisation des eaux des fleuves Colorado et Tijuana, et du Rio Grande (Rio Bravo), de Fort Quitman (Texas) jusqu'au Golfe du Mexique) (États-Unis, *Recueil des traités*, vol. 994, p. 1 à 52), dont l'article 3 énumère, par ordre de préférence, les utilisations communes des eaux internationales : « 1. Usages domestiques et municipaux. 2. Agriculture et élevage. 3. Électricité. 4. Autres usages industriels. 5. Navigation. 6. Pêche et chasse. 7. Tout autre usage bénéfique »; et, plus récemment, voir la déclaration de 1996 d'Israël, de la Jordanie et de l'Organisation de libération de la Palestine relative à la coopération dans le domaine de l'eau, *International Legal Materials*, vol. 36 (1997), p. 761 à 770, dans laquelle les parties s'accordent à dire que « les usages domestiques constituent la première priorité dans la répartition des ressources en eau ».

²³⁷ S'agissant de la coutume « locale », « spéciale » et « régionale », voir A. D'Amato, *The Concept of Special Custom in International Law*, in *American Journal of International Law*, vol. 63 (1969), p. 211 à 223; G. Cohen-Jonathan, « La coutume locale », in *Annuaire français de droit international*, vol. 7 (1961), p. 119 à 140; et F. Francioni, « La consuetudine locale nel diritto internazionale », *Rivista di diritto internazionale*, vol. 54 (1971), p. 396 à 422.

²³⁸ Voir la déclaration du Président du Comité de rédaction au paragraphe 16 du compte rendu analytique de la 2229^e séance de la Commission (*Annuaire ... 1991*, vol. I, p. 152).

²³⁹ Paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 10, in *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie) p. 116.

décisif à cette pratique en vue de déterminer leurs droits et obligations spécifiques. Une telle pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles²⁴⁰.

Ainsi, la coutume locale peut compenser l'absence d'accord formel entre les États intéressés et permet de déroger au principe général d'absence de priorité entre les utilisations énoncé au paragraphe 1 de l'article 10. On se souviendra également qu'un certain nombre de propositions formulées par le Comité de rédaction du Groupe de travail, visant à introduire les notions de droits acquis ou historiques pour octroyer un statut juridique préférentiel à une utilisation donnée des eaux d'un cours d'eau international, ont été rejetées²⁴¹, apaisant ainsi les craintes de nombreux États concernant l'utilisation du terme « coutume ». Toutefois, l'utilisation de longue date d'un cours d'eau international par un État riverain revêt une importance considérable pour évaluer le caractère équitable d'un système. Elle peut notamment permettre de déterminer les besoins économiques et sociaux des riverains concernés et de la population tributaire du cours d'eau. À cet égard, les utilisations historiques peuvent être considérées comme des facteurs pertinents pour une utilisation équitable au sens des alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'article 6 de la Convention ou dans le cadre des utilisations actuelles visées à l'alinéa e) du paragraphe 1.

Une exception devrait être admise pour les utilisations traditionnelles qui sont inextricablement liées à la survie même des communautés humaines vivant sur les berges d'un cours d'eau²⁴². La question relève des « besoins humains essentiels » mentionnés au paragraphe 2 de l'article 10, comme nous le verrons plus loin lorsque nous déterminerons si l'on peut estimer que le thème considéré comporte une dimension des droits de l'homme.

4.4. Responsabilité de l'État

Compte tenu de l'obligation de ne pas causer de dommage imposant de faire preuve de toute la diligence voulue, les commentaires suivants concernant la Convention sur les cours d'eau s'appliquent également aux violations de cette obligation prévue par la Convention sur l'eau. On peut cependant faire valoir que la question de la responsabilité de l'État sera moins fréquemment soulevée dans le cadre de ce dernier instrument, essentiellement du fait qu'en fournissant une orientation normative et une assistance, les critères de prévention plus détaillés sur le plan technique rendront moins probables les violations des obligations de prévention qui y figurent. De plus, le cadre institutionnel qu'offrent la Réunion des Parties à la Convention sur l'eau et les réunions de ses organes subsidiaires, notamment depuis la création du Comité d'application, augmente la probabilité que, même si l'État d'origine n'a pas respecté le critère de la diligence voulue, des mesures correctives seront prises de façon moins conflictuelle que si le régime de la responsabilité des États était appliqué. Ce régime est plus adapté en cas de violations de l'obligation de faire preuve de toute la diligence voulue entre États qui n'adhèrent qu'à la Convention sur les cours d'eau, laquelle adopte une approche exclusivement normative. La Convention sur l'eau complète cette approche en mettant l'accent sur la coopération au sein du cadre institutionnel susmentionné, bien que des mesures correctives relevant du régime de la responsabilité des États restent envisageables; l'article 22 prévoit la possibilité d'un règlement judiciaire ou d'un arbitrage, mais uniquement à titre facultatif et en dernier recours.

Si le paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention sur les cours d'eau prévoit les conséquences juridiques des dommages causés par l'utilisation d'un cours d'eau international sans autres précisions, on peut soutenir que la règle, bien que limitée, s'applique également aux dommages causés du fait de n'avoir pas fait preuve de la diligence voulue. Le paragraphe 2 établirait ainsi un régime particulier permettant de déroger aux règles générales relatives aux conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État prévues à l'article 55 des articles sur la responsabilité de l'État, adoptés par la Commission en 2001 et approuvés par l'Assemblée générale dans sa résolution 56/83 du 12 décembre 2001²⁴³. Ce n'est clairement pas le cas; le mot

²⁴⁰ *Affaire du droit de passage sur le territoire indien, C.I.J. Recueil 1960, p. 44.*

²⁴¹ Disponible auprès de l'auteur.

²⁴² Une telle réserve permet d'adhérer à la conclusion de Fuentes selon laquelle « la coutume locale peut non seulement être invoquée pour établir les besoins économiques et sociaux des parties, mais également pour procéder à la répartition de l'eau en faveur d'un État » (*supra*, note 211, p. 378).

²⁴³ Voir l'article 55 (« *Lex specialis* ») des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : « Les présents articles ne s'appliquent pas dans les cas et dans la mesure où les conditions de l'existence d'un fait internationalement illicite ou le contenu ou la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'un État sont régis par des règles spéciales de droit international » (*Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie) p. 31).

« néanmoins » qui figure à la première ligne du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention montre que la disposition vise uniquement les conséquences d'un dommage significatif qui survient alors même que toutes les mesures appropriées ont été prises pour l'éviter.

Par conséquent, cette disposition n'exclut pas l'application des règles générales relatives à la responsabilité de l'État lorsque le dommage est causé par une violation de l'obligation, qui impose de faire preuve de toute la diligence voulue²⁴⁴, de prendre toutes les mesures appropriées pour ne pas causer le dommage²⁴⁵. Il en va de même des conséquences juridiques des effets négatifs importants découlant du comportement d'un État qui ne respecte pas les critères établis en matière d'utilisation équitable et raisonnable d'un cours d'eau international et de participation à son utilisation, sa mise en valeur et sa protection. Compte tenu des liens étroits entre le principe d'utilisation équitable et l'obligation de prévention (obligation de ne pas causer de dommage), un comportement nettement dommageable qui viole un de ces principes, généralement du fait de n'avoir pas fait preuve de la diligence voulue, viole également l'autre. Du fait que les obligations de prévention et d'utilisation équitable définies dans la Convention sur l'eau imposent de faire preuve de toute la diligence voulue, les violations présumées de ces obligations que des négociations entreprises conformément au cadre institutionnel ne suffisent pas à réparer relèvent, selon le même raisonnement juridique, du régime de la responsabilité de l'État.

Cette question est particulièrement importante pour déterminer si une violation de l'obligation de prévention a été commise et pour reconnaître un État donné coupable de la violation. Il a été souligné qu'il pouvait être particulièrement difficile pour l'État requérant de démontrer que l'État d'origine avait commis une violation du fait de n'avoir pas fait preuve de toute la diligence voulue dans le cas d'activités menées par un opérateur privé relevant de sa juridiction²⁴⁶. En effet, cette préoccupation était justifiée par le terme « délibérément » employé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, lorsqu'elle a évoqué « l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser [délibérément] utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits des autres États »²⁴⁷. Toutefois, dans le même arrêt, la Cour a allégé la charge de la preuve qui incombe par ailleurs à l'État victime de la violation :

Le contrôle territorial exclusif exercé par l'État dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve propres à démontrer cette connaissance. Du fait de ce contrôle exclusif, l'État victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciels (*circumstantial evidence*). Ces moyens de preuve indirecte sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale. On doit les considérer comme particulièrement probants quand ils s'appuient sur une série de faits qui s'enchaînent et qui conduisent logiquement à une même conclusion²⁴⁸.

Plus récemment, des travaux de recherche juridique ont examiné cette question plus avant. Certains ont affirmé que la charge de la preuve devait être inversée, afin d'établir une présomption de la violation par

²⁴⁴ Contrairement à l'affirmation de Koskenniemi, selon laquelle « [...] le silence de la Convention concernant la responsabilité est lié au refus des rédacteurs d'accepter que le principe coutumier relatif à la responsabilité pour violation d'obligations conventionnelles puisse s'appliquer dans le cadre de ces conventions » (*supra*, note 128, p. 80). Si ce point de vue est certainement conforme à l'opinion de plusieurs délégations ayant participé au Groupe de travail, il est, dans l'ensemble, contredit par l'article 33 de la Convention sur les cours d'eau (« Règlement des différends ») (*voir infra*, chapitre 7). S'agissant des conditions préalables à la responsabilité de l'État pour pollution d'un cours d'eau international, voir G. Handl, « Balancing of Interests and International Liability for the Pollution of International Watercourses : Customary Principles of Law Revisited », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 13 (1975), p. 156 à 194. En ce qui concerne les principes généraux de la responsabilité de l'État applicables aux utilisations des cours d'eau internationaux, voir J.G. Lammers, *supra*, note 37, p. 587 et suiv.

²⁴⁵ Comme l'indique la Commission au paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 7, adopté en deuxième lecture en 1994, « [l']obligation de faire preuve de toute la diligence voulue, énoncée à l'article 7, fixe le seuil des activités licites de l'État » (*Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 109).

²⁴⁶ Voir E. Jiménez de Aréchaga (*supra*, note 16), p. 272. Voir également P. Mazzeschi (*supra*, note 53), p. 50.

²⁴⁷ Voir *supra*, note 23, p. 22, les italiques sont de nous

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 18.

l'État d'origine de son obligation internationale de contrôler les opérateurs privés relevant de sa juridiction²⁴⁹. D'un point de vue rationnel et par souci d'équité, cette approche semble justifiée, dans la mesure où la partie requérante serait tenue d'établir les faits, le comportement et les actes, mais pas les omissions. De fait, il ne s'agirait pas véritablement d'une inversion de la charge de la preuve dans la mesure où l'État d'origine serait également un requérant, faisant valoir que le dommage causé n'était pas le résultat, même indirect, d'un manque de prévention et de diligence. Toutefois, si la présomption d'une violation de l'obligation de faire preuve de toute la diligence voulue pouvant justifier une telle inversion ne doit être ni arbitraire ni abusive, elle doit être déclenchée par un lien avéré entre le dommage causé et l'État d'origine. En effet, s'agissant de l'hypothèse selon laquelle le critère de la diligence voulue est inhérent au caractère équitable d'une utilisation donnée, la Commission a confirmé que la charge de la preuve devait incomber à l'État qui cause le dommage : « [l]a charge de la preuve établissant qu'une utilisation particulière est équitable et raisonnable incombe à l'État dont l'utilisation du cours d'eau cause des dommages significatifs »²⁵⁰.

Cet argument semble avoir été contesté par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, qui marque une opposition avec l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou* et avec le raisonnement de la Commission. En effet, la Cour a rejeté le premier argument invoqué par l'Argentine selon lequel il appartenait à l'Uruguay de démontrer que les usines situées sur son territoire ne causaient pas de dommages significatifs à l'environnement, et son argument subsidiaire selon lequel, dans la mesure où le statut de 1975 imposait une obligation égale de convaincre, il appartenait à l'Uruguay de démontrer l'innocuité des usines et à l'Argentine d'en démontrer la nocivité²⁵¹. Par conséquent, la Cour a simplement confirmé le principe bien établi *onus probandi incumbit actori*, selon lequel la charge de la preuve incombe à la partie requérante²⁵², sans examiner l'argument susmentionné concernant le renversement de la charge de la preuve. Effectivement, les arguments de l'Argentine, qui ont poussé la Cour à rejeter un tel renversement, ne portaient pas sur une violation de l'obligation de faire preuve de toute la diligence voulue que l'Uruguay aurait commise s'agissant du dommage causé²⁵³.

On peut finalement soutenir que, conformément au principe de non-discrimination applicable à l'accès aux recours internes en cas de dommage environnemental, établi à l'article 32 de la Convention (« Non-discrimination »)²⁵⁴, si de tels recours sont prévus dans l'État d'origine sur une base non discriminatoire, l'État dont les ressortissants ou les résidents sont victimes d'un dommage transfrontière « discriminatoire ou découlant d'un acte de négligence » ne peut pas invoquer la responsabilité internationale de l'État d'origine tant que les recours internes ne sont pas épuisés.

²⁴⁹ Dans son cours à l'Académie de La Haye sur l'imputation de responsabilité en cas d'allégations de faits internationalement illicites, Condorelli a indiqué : « [e]n effet, il est encore vrai que la plupart desdits actes de particuliers continuent à ne pas être imputables aux États ... mais ils deviennent chaque jour plus vraisemblable que ces actes non imputables, du fait même de leur perpétration, amènent à présumer que l'État concerné a violé une obligation internationale relative à la surveillance des individus soumis à sa juridiction ou à son contrôle : autrement dit, l'engagement de la responsabilité internationale des États dans ces cas ne représente plus une lointaine éventualité, mais une forte probabilité » (L. Condorelli, *L'imputation à l'État d'un fait internationalement illicite : solutions classiques et nouvelles tendances*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, vol. 189, 1994), p. 174 et suiv.). En renvoyant spécifiquement à des activités extrêmement dangereuses, Pisillo Mazzeschi aboutit à la même conclusion en ce qui concerne le critère strict de la diligence voulue dans ce domaine : « S'agissant de ces activités, la règle générale relative à la souplesse de la diligence concernant d'éventuels dommages impose à l'État de faire preuve d'une extrême diligence en matière de prévention. On a alors tendance à assimiler l'obligation de faire preuve de toute la diligence voulue à une obligation de résultat, c'est-à-dire à établir une présomption défavorable à l'État à l'origine du dommage. En d'autres termes, la diligence extrême imposée à l'État se solde par une inversion de la charge de la preuve : sauf preuve contraire, on estime que l'État à l'origine du dommage a violé son obligation de faire preuve de toute la diligence voulue » (« Forms of International Responsibility for Environmental Harm », in F. Francioni et T. Scovazzi (*supra*, note 56), p. 35). L'expression « toutes les mesures appropriées » employée à l'article 7 de la Convention semble indiquer un niveau de diligence suffisamment élevé pour justifier la prise en compte de l'argument susmentionné en l'espèce. Au sujet de la possibilité d'appliquer le principe général selon lequel la charge de la preuve incombe à l'État requérant, notamment en ce qui concerne les violations présumées de l'obligation de prévenir et de réduire la pollution des cours d'eau internationaux, voir J.G. Lammers, *supra*, note 37, p. 590 et p. 614 et suiv. Voir également D. Freestone et S. M.A. Salman, « Ocean and Freshwater Resources », in D. Bodansky, J. Brunnée et E. Hey (dir.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford et New York, Oxford University Press, 2007), p. 351; et A. Rieu-Clarke, R. Moynihan et B.-O. Magsig (dir.), *UN Watercourses Convention User's Guide* (Dundee, Écosse, Royaume-Uni, IHP-HELP Centre for Water Law, Policy and Science, 2012), p. 120.

²⁵⁰ Paragraphe 14 du commentaire du projet d'article 7, in *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 110.

²⁵¹ Voir *supra*, note 42, par. 160 à 164.

²⁵² Voir *supra*, note 42, par. 162.

²⁵³ La Cour a affirmé que : « [q]uant aux arguments avancés par l'Argentine concernant le renversement de la charge de la preuve et l'existence, à l'égard de chaque Parties, d'une obligation égale de convaincre au titre du statut de 1975, la Cour considère qu'une approche de précaution, si elle peut se révéler pertinente pour interpréter et appliquer les dispositions du statut, n'a toutefois pas pour effet d'opérer un renversement de la charge de la preuve; elle considère également que rien dans le statut de 1975 lui-même ne permet de conclure que celui-ci ferait peser la charge de la preuve de façon égale sur les deux Parties » (ibid., par. 164).

²⁵⁴ Voir *supra*, section 4.2.

Il convient donc de souligner que le droit relatif à la responsabilité de l'État, qui n'est explicitement mentionné dans aucune des deux Conventions, s'applique néanmoins d'office aux deux Conventions en vertu du droit coutumier. Il s'applique en effet, à titre résiduel, aux obligations fondamentales découlant, conformément aux deux Conventions, d'un dommage qui se produit alors que toutes les mesures préventives nécessaires ont été prises, à savoir, uniquement lorsque l'obligation de prévention, d'élimination ou d'atténuation des dommages transfrontières, qui impose de faire preuve de toute la diligence voulue, a été violée. Les règles coutumières applicables devraient être plus utiles dans le cadre de la Convention sur les cours d'eau, dans la mesure où, dans le contexte de la Convention sur l'eau, les problèmes de respect et les différends entre les États parties devraient pouvoir être réglés par voie de négociation au sein du cadre institutionnel prévu à cette fin, notamment grâce au Comité d'application. Cela ne signifie pas pour autant que les principes relatifs à la responsabilité de l'État ne peuvent jamais s'appliquer à la mise en œuvre et au respect de la Convention sur l'eau; c'est précisément dans la perspective d'une telle possibilité résiduelle que l'article 22 de cet instrument, à l'instar de l'article 33 de la Convention sur les cours d'eau, prévoit le règlement judiciaire ou l'arbitrage comme moyens de régler les différends.

5. Coopération

Il ressort clairement des chapitres précédents que le principe procédural de coopération fait partie intégrante des deux principes de fond du droit international de l'eau, à savoir le principe d'utilisation et de participation équitables et raisonnables et l'obligation de ne pas causer de dommage. L'auteur de la présente publication a avancé que la coopération faisait office de « catalyseur pour la mise en œuvre des deux principes de fond que sont l'utilisation équitable et l'obligation de ne pas causer de dommage, ainsi que pour une interaction équilibrée entre ces deux principes »²⁵⁵. Dans son arrêt rendu en 2010 dans l'affaire des *Usines à pâtes à papier*, la Cour s'est étendue sur la synergie entre les obligations de procédure et de fond visant à garantir une gestion équitable et durable des ressources en eau transfrontières partagées²⁵⁶. Comme l'a souligné McIntyre dans son commentaire livré rapidement après que l'arrêt a été rendu,

... la Cour a précisé, dans une certaine mesure, les rôles respectifs de l'interdépendance hiérarchique des règles de fond et de procédure que prévoient généralement les régimes conventionnels et, partant, le droit international général. Si le principe bien établi d'utilisation équitable et raisonnable, et l'obligation de prévention des dommages transfrontières qui y est étroitement liée, se situent au sommet de la hiérarchie, le caractère général du premier principe et le fait que la deuxième obligation impose de faire preuve de toute la diligence voulue supposent que d'un point de vue normatif, un certain nombre d'exigences de procédure les rendent opérationnels, notamment l'obligation de notifier, consulter et négocier, et l'obligation d'échanger des informations; ces obligations étant généralement toutes couvertes par l'obligation de coopérer²⁵⁷.

Par ailleurs, les obligations internationales de procédure et de fond dépendent de modalités normatives qui leur sont propres, tant et si bien que la Cour a décidé que le comportement de l'Uruguay violait les obligations de procédure, mais pas de fond, après avoir conclu que rien ne démontrait que le dommage avait été causé par le comportement dénoncé ou que l'Uruguay n'avait pas agi avec la diligence voulue²⁵⁸. Toutefois, selon cette double approche, qui peut être considérée comme une approche d'« intégration » des règles et principes considérés « par la division », la Cour a rejeté l'idée selon laquelle les obligations de nature procédurale sont subordonnées aux obligations de fond en soulignant que « [...] ce n'est pas parce que les parties auraient respecté leurs obligations de fond qu'elles seraient censées avoir respecté *ipso facto* leurs obligations de nature procédurale, ou qu'elles seraient dispensées de le faire »²⁵⁹. Parallèlement, McIntyre insiste sur l'élément d'« intégration » du raisonnement de la Cour et indique que « [...] lorsqu'un dommage survient, la violation des règles de procédure sera un élément essentiel pour établir un manquement à l'obligation de faire preuve de toute la diligence voulue qu'impose l'obligation coutumière de ne pas causer de dommage transfrontière significatif »²⁶⁰.

Dans ce contexte, les règles les plus significatives qui établissent l'obligation générale de coopération dans les deux Conventions seront examinées et comparées ci-après et les différences entre les deux instruments seront appréciées eu égard au fait que les dispositions de la Convention sur l'eau relatives à la coopération, contrairement à celles de la Convention sur les cours d'eau, ciblent avant tout la coopération institutionnelle dans le cadre de la Réunion des Parties, de ses organes subsidiaires et des organes communs compétents dont la création est obligatoire pour les parties riveraines²⁶¹. Cela s'explique par la nature plus coordonnée

²⁵⁵ Voir A. Tanzi et M. Arcari, *supra*, note 15, p. 189.

²⁵⁶ Voir *supra*, note 42, par. 40 à 42. La Cour a notamment souligné que « c'est en coopérant que les États concernés peuvent gérer en commun les risques de dommages à l'environnement qui pourraient être générés par les projets initiés par l'un ou l'autre d'entre eux, de manière à prévenir les dommages en question, à travers la mise en œuvre des obligations tant de nature procédurale que de fond prévues par le statut de 1975 » et que « les deux catégories d'obligations [...] se complètent parfaitement, afin que les parties puissent réaliser l'objet du statut tel qu'elles l'ont fixé en son article premier » (*ibid.*, par. 77).

²⁵⁷ O. McIntyre, « The Proceduralisation and Growing Maturity of International Water Law : Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (*Argentina v Uruguay*) », *International Court of Justice*, 20 April 2010 », *Journal of Environmental Law*, vol. 22, 2010, p. 488.

²⁵⁸ Voir *supra*, note 42, par. 158, 264 et 265.

²⁵⁹ *Ibid.*, par. 78. Conformément à cette double approche d'« intégration par la division », la Cour a ajouté que « [...] le lien entre ces deux catégories d'obligations peut être rompu, dans les faits, lorsqu'une partie qui n'aurait pas respecté ses obligations de nature procédurale renoncerait ensuite à la réalisation de l'activité projetée » (*ibid.*).

²⁶⁰ Voir O. McIntyre, *supra*, note 257, p. 490.

²⁶¹ Voir *supra*, note 74, par. 29 : « La création de tels mécanismes institutionnels offre des outils concrets pour la mise en œuvre des règles de coopération envisagées par la Convention, et favorise en outre sensiblement une coopération plus avancée ». Voir également P. Wouters et C. Leb, *The Obligation of the Riparian Parties to Cooperate*, in A. Tanzi et al., *The UNECE Convention ...* (*supra*, note 104).

et formaliste des obligations procédurales instaurées dans la Convention sur les cours d'eau et par la priorité accordée à la coopération institutionnelle, la simplification et l'assistance dans la Convention sur l'eau.

5.1. Coopération institutionnelle

Comme souligné à plusieurs reprises précédemment, la différence fondamentale entre les deux Conventions tient à leur incidence normative en ce qui concerne la coopération institutionnelle.

Si la Convention sur les cours d'eau ne bénéficie pas de l'appui d'une réunion des Parties, la coopération institutionnelle est l'axe principal de la Convention sur l'eau et de son processus régulier, qui a essentiellement trait à la Réunion des Parties. Il s'agit de l'un des avantages, si ce n'est le plus important, de la Convention; en effet, comme le souligne le Guide pour l'application de la Convention sur l'eau,

[...] si tous les riverains d'une masse d'eau transfrontière adhèrent à la Convention, le cadre institutionnel de cette dernière permet à chaque État riverain d'être accompagné dans ses relations avec les autres riverains, et ses attentes deviennent la préoccupation de toutes les autres parties présentes à la Réunion des Parties, qui fournirait également de l'assistance, tout comme ses organes subsidiaires, pour favoriser le respect de la Convention et la coopération de toutes les Parties²⁶².

Il convient également de relever l'ampleur de la coopération renforcée par le cadre institutionnel :

[L]a coopération prônée par la Convention [sur l'eau] implique différents secteurs des administrations centrales des États parties, leurs autorités locales compétentes, d'autres parties prenantes publiques et privées et des ONG. Cette coopération permet d'améliorer la collaboration, la sensibilisation, les connaissances et les capacités à plusieurs niveaux intersectoriels dans des contextes étatiques et régionaux. Ces formes de coopération et de collaboration comprennent l'échange d'informations, des consultations, des initiatives communes de recherche et développement, notamment pour atteindre des objectifs en matière de qualité de l'eau, une surveillance et des évaluations communes, des systèmes d'alerte rapide et une assistance mutuelle dans les situations critiques²⁶³.

C'est dans ce contexte que l'on peut dire qu'il existe un « processus » de formation du droit de l'eau au sein de la Commission économique pour l'Europe, une interaction continue entre la Convention sur l'eau et un nombre toujours croissant d'instruments non contraignants et de protocoles à la Convention visant à faire connaître les outils permettant de l'interpréter et de l'appliquer et à garantir le développement progressif des règles et principes qu'elle contient²⁶⁴. Ces instruments sont élaborés, selon les instructions des participants à la Réunion des Parties, par un ou plusieurs organes subsidiaires. Les instruments non contraignants applicables comprennent notamment le Guide pour l'application de la Convention sur l'eau, adopté en 2009 et révisé en 2013²⁶⁵; les *Directives sur la prévention durable des inondations*, adoptées lors de la deuxième session de la Réunion des Parties en 2000; les *Dispositions types pour la gestion transfrontière des crues*, adoptées lors de la quatrième session de la Réunion des Parties en 2006; et, plus récemment, les *Dispositions types sur les eaux souterraines transfrontières*, adoptées lors de la sixième session de la Réunion des Parties en 2012²⁶⁶. Les Protocoles à la Convention, qui constituent des instruments contraignants pour les États qui les ratifient, sont le Protocole sur l'eau et la santé de 1999 et le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières de 2003.

Aux termes du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention sur les cours d'eau, « les États du cours d'eau peuvent [...] envisager de créer des mécanismes ou commissions mixtes » comme moyen de coopérer (les italiques sont de nous). Comme l'article 24, qui renvoie également à la possibilité de créer des mécanismes mixtes pour la gestion d'un cours d'eau international, cette disposition n'a pas de pouvoir normatif. Sa nature

²⁶² Voir *supra*, note 74, par. 26.

²⁶³ *Ibid.*, par. 33.

²⁶⁴ Voir A. Tanzi, *supra*, note 5, p. 71 à 112. Voir en particulier les paragraphes relatifs à l'interaction entre la Convention sur l'eau et le droit non contraignant (p. 83) et à l'interaction entre l'élaboration du droit, son application et son respect (p. 85).

²⁶⁵ Voir *supra*, note 74.

²⁶⁶ Voir *supra*, sous-section 3.3.1.

non contraignante, et partant son rôle purement incitatif, ont été envisagés comme un moyen de s'assurer que les nombreuses délégations opposées à l'introduction de dispositions imposant une coopération institutionnelle avec leurs coriverains ne retireraient pas leur soutien à la Convention dans son ensemble. Lors des négociations, cette idée a été clairement exprimée par l'Allemagne intervenant au nom des coauteurs de la proposition qui a finalement été adoptée et a donné naissance au paragraphe 2 de l'article 8 :

Les auteurs de la proposition n'ont nullement l'intention de mettre de nouvelles obligations à la charge des États parties : ceux-ci demeureront libres de créer ou non de tels mécanismes. Le but n'est pas non plus de créer des normes; la proposition reconnaît au contraire que les conditions de la coopération et les besoins en la matière peuvent varier d'un cours d'eau à l'autre²⁶⁷.

En revanche, le paragraphe 2 de l'article 9 et l'article 10 de la Convention sur l'eau imposent aux coriverains de conclure des accords prévoyant la création d'organes communs et définissant leurs pouvoirs et responsabilités.

À cet égard, la Convention sur l'eau fournit des orientations pour une interprétation et une application constructives du paragraphe 2 de l'article 8 et de l'article 24 de la Convention sur les cours d'eau, bien que sur une base volontaire, en accordant une attention particulière aux attributions des organes communs. Le paragraphe 2 de l'article 9 fournit une liste non exhaustive des fonctions de ces organes :

- a) Recueillir, rassembler et évaluer des données afin d'identifier les sources de pollution qui risquent d'avoir un impact transfrontière;
- b) Élaborer des programmes communs de surveillance de l'eau du point de vue qualitatif et quantitatif;
- c) Dresser des inventaires et échanger des informations sur les sources de pollution visées au paragraphe 2 a) du présent article;
- d) Établir des limites d'émission pour les eaux usées et évaluer l'efficacité des programmes de lutte contre la pollution;
- e) Définir des objectifs et des critères communs de qualité de l'eau en tenant compte des dispositions du paragraphe 3 de l'article 3 de la présente Convention, et proposer des mesures appropriées pour préserver et, si nécessaire, améliorer la qualité de l'eau;
- f) Mettre au point des programmes d'action concertés pour réduire les charges de pollution tant à partir de sources ponctuelles (par exemple, urbaines et industrielles) qu'à partir de sources diffuses (en particulier l'agriculture);
- g) Établir des procédures d'alerte et d'alarme;
- h) Servir de cadre pour l'échange d'informations sur les utilisations de l'eau et les installations connexes existantes et prévues qui risquent d'avoir un impact transfrontière;
- i) Promouvoir la coopération et l'échange d'informations sur la meilleure technologie disponible conformément aux dispositions de l'article 13 de la présente Convention²⁶⁸ et encourager la coopération dans le cadre de programmes de recherche scientifique;
- j) Participer à la réalisation d'études d'impact sur l'environnement relatives aux eaux transfrontières, conformément aux règlements internationaux pertinents.

Ces dispositions sont complétées par le paragraphe 1 de l'article 11 (« Surveillance et évaluation communes ») : « Dans le cadre de la coopération générale prévue à l'article 9 de la présente Convention ou d'arrangements particuliers, les Parties riveraines élaborent et appliquent des programmes communs en vue de surveiller l'état des eaux transfrontières, y compris les crues et les glaces flottantes, ainsi que l'impact transfrontière ».

²⁶⁷ A/C.6/51/SR.52, par. 66.

²⁶⁸ Voir l'article 13 de la Convention sur l'eau (« Échange d'informations »).

Tout aussi importants sont l'article 10 (« Consultations ») de la Convention sur l'eau qui prévoit que les consultations entre les parties riveraines sont « menée[s] par l'intermédiaire d'un organe commun créé en application de l'article 9 [...] »²⁶⁹ et le paragraphe 1 de l'article 13 (« Échange d'informations entre les parties riveraines ») qui demande aux parties riveraines d'échanger des données et informations « dans le cadre d'accords ou autres arrangements pertinents conclus conformément à l'article 9 de la [...] Convention ». La coopération par l'intermédiaire des organes communs a toujours été une priorité majeure dans le cadre de la Convention sur l'eau, tant et si bien que l'assistance pour la constitution de commissions fluviales ou lacustres figurait au premier rang des cinq domaines d'activité du plan de travail pour la période 1997-2000, adopté en 1997 lors de la première session de la Réunion des Parties²⁷⁰. La création et le fonctionnement efficace d'organes communs ont toujours fait l'objet d'une attention particulière depuis l'adoption de la Convention sur l'eau et il s'agit encore, à ce jour, d'une priorité fondamentale.

Dans la Convention sur les cours d'eau, les aspects procéduraux de la coopération bilatérale sont largement réglementés, notamment en ce qui concerne l'échange de données et d'informations, la communication, les consultations et négociations. Les questions de la notification, des réponses à la notification et de l'absence de réponse à la notification sont traitées tout au long de la Convention, en particulier à l'article 9 (« Échange régulier de données et d'informations »), dans la troisième partie (« Mesures projetées »), la quatrième partie (« Protection, préservation et gestion ») et la cinquième partie (« Conditions dommageables et cas d'urgence »). Cela s'explique par le fait que, indépendamment de l'article 8 (« Obligation générale de coopérer »), la coopération fait partie intégrante des dispositions établissant le principe d'utilisation équitable et l'obligation de ne pas causer de dommage (articles 5, 6 et 7)²⁷¹.

Si dans le cadre de la Convention sur les cours d'eau, les règles de procédure qui instaurent l'obligation générale de coopération portent exclusivement sur les relations bilatérales entre les riverains, dans celui de la Convention sur l'eau, la coopération s'effectue essentiellement par l'intermédiaire des organes communs, conformément aux articles 9, 10, 11 et 13²⁷². Toutefois, même si les nombreuses orientations réglementaires fournies à ce sujet par cette Convention portent avant tout sur la coopération institutionnelle, elles s'appliquent également au niveau bilatéral si l'organe commun n'a pas encore été créé ou n'est pas opérationnel. Dans ces circonstances exceptionnelles, en particulier en cas d'absence de réponse à la notification, la Convention sur les cours d'eau pourrait jouer un rôle normatif complémentaire du point de vue des États parties aux deux Conventions. Cela vaut également pour les dispositions de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière de 1991 (ci-après « la Convention d'Espoo ») et de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels de 1992, qui s'appliquent au cas par cas. De toute évidence, ces dispositions s'appliquent aux États parties à toutes les conventions susmentionnées. En effet, la Convention d'Espoo prévoit des règles précises, applicables au niveau bilatéral, concernant la notification des activités proposées qui sont susceptibles d'avoir « un impact transfrontière préjudiciable important » (article 3, « Notification ») et les consultations à mener en pareil cas (article 5, « Consultations sur la base du dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement »). Une approche similaire est adoptée par la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, en particulier au regard des paragraphes 1 (concernant la notification) et 3 (concernant la consultation) de l'article 4, et de l'annexe III (« Procédures à suivre en application de l'article 4 »). Inutile de préciser que ces dispositions s'appliquent uniquement aux relations entre les États riverains qui sont parties à toutes les Conventions pertinentes, ou du moins à deux

²⁶⁹ Si cette exigence ne relève pas du droit coutumier général, on a observé son acceptation graduelle dans les conventions bilatérales et multilatérales, même en dehors du cadre de la Commission économique pour l'Europe. On peut citer à titre d'exemples le cadre institutionnel et l'obligation d'établir des institutions communes prévus à l'article 5 du Protocole révisé sur les réseaux hydrographiques partagés dans la région de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) de 2000. On a cependant noté une résistance tenace de la part de certains États, qui refusent de renoncer totalement, au profit d'organes communs, même s'ils sont établis et acceptés, à leur liberté de mener des négociations bilatérales traditionnelles en dehors du cadre institutionnel, qui est généralement plus technique et moins politique. Par exemple, si l'article 9 du Traité conclu en 1996 entre l'Inde et le Népal concernant le fleuve Mahakali impose la création de la Commission du fleuve Mahakali, l'article 6 prévoit que « les deux Parties se réservent le droit de se consulter directement au sujet de questions susceptibles de relever de la compétence de la Commission » (*International Legal Materials*, vol. 36, (1997), p. 541).

²⁷⁰ Commission économique pour l'Europe, Réunion des Parties à la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, Rapport de la première Réunion (1997), cité dans B. Bosnjakovic, « Les stratégies adoptées par la CEE-ONU pour protéger l'environnement dans le contexte des cours d'eau internationaux : les Conventions d'Helsinki et d'Espoo », in S. M.A. Salman et L. Boisson de Chazournes, *supra*, note 71, p. 54.

²⁷¹ L'idée est confirmée par le libellé de l'article 30 (« Procédures indirectes ») de la Convention sur les cours d'eau.

²⁷² Toutefois, en application de l'article 14 (« Systèmes d'alerte et d'alarme »), les informations relatives à des situations critiques susceptibles d'avoir un impact transfrontière doivent être échangées au niveau bilatéral pour assurer la communication directe et sans délai qui s'impose en pareil cas.

d'entre elles. L'interprétation et l'application complémentaires de ces dispositions connexes devraient être guidées par le principe de l'harmonisation invoqué par la Commission²⁷³ conformément aux articles 30, 59 et 31 de la Convention de Vienne de 1969²⁷⁴.

À quelques exceptions innovantes près, la Convention sur les cours d'eau est largement considérée comme matérialisant les normes coutumières minimales à l'origine des règles de procédure applicables au niveau bilatéral. Ce cadre réglementaire sera bien entendu complété ou remplacé par les dispositions plus strictes des Conventions susmentionnées pour les parties à la Convention sur les cours d'eau qui sont également parties à ces Conventions, dans leurs relations mutuelles.

5.2. Échange de données et d'informations

Un échange régulier de données et d'informations est la première étape de la coopération entre des États riverains et une condition préalable nécessaire à une coopération plus intense²⁷⁵.

L'article 9 de la Convention sur les cours d'eau fixe les conditions minimales en la matière; le paragraphe 1 fournit une liste non exhaustive des types de données et d'informations sur l'état du cours d'eau (« en particulier celles d'ordre hydrologique, météorologique, hydrogéologique, écologique et concernant la qualité de l'eau, ainsi que les prévisions s'y rapportant ») qui doivent être régulièrement échangées. Les paragraphes 1 et 2 de l'article 13 de la Convention sur l'eau complètent et renforcent cette disposition extrêmement générale :

1. Les Parties riveraines échangent, dans le cadre d'accords ou autres arrangements pertinents conclus conformément à l'article 9 de la présente Convention, les données qui sont raisonnablement disponibles, notamment sur les questions suivantes :

- a) État environnemental des eaux transfrontières;
- b) Expérience acquise dans l'application et l'exploitation de la meilleure technologie disponible et résultats des travaux de recherche-développement;
- c) Données relatives aux émissions et données de surveillance;
- d) Mesures prises et prévues pour prévenir, maîtriser et réduire l'impact transfrontière;
- e) Autorisations ou dispositions réglementaires émanant de l'autorité compétente ou de l'organe approprié et concernant les rejets d'eaux usées.

2. Afin d'harmoniser les limites d'émissions, les Parties riveraines procèdent à des échanges d'informations sur leurs réglementations nationales respectives.

Lors du débat au sein du Groupe de travail, l'expression « données et informations aisément disponibles » a donné lieu à une réflexion déclenchée par la crainte que, si elle renvoyait à ce que les moyens techniques modernes permettaient de produire, il en résulterait une charge excessive pour les États technologiquement moins développés²⁷⁶. L'expert-conseil et membre de la Commission du droit international, M. Rosenstock, y a répondu en expliquant que l'intention était de faire en sorte que « les États mettent en commun les informations dont ils disposent, et que les pays riches en informations, qui sont le plus souvent des pays développés, partagent cette abondance avec les pays moins favorisés »²⁷⁷. Par conséquent, le sens du terme

²⁷³ Voir *supra*, note 1.

²⁷⁴ Voir *infra*, section 8.1.

²⁷⁵ Voir C.B. Bourne, « Procedure in the Development of International Drainage Basins : Notice and Exchange of Information », *University of Toronto Law Journal*, vol. 22 (1972), p. 172 à 206, reproduit in P.K. Wouters (dir.), *International Water Law : Selected Writings of Professor Charles B. Bourne* (Londres, Kluwer Law International, 1997), p. 143 à 176. Voir, plus récemment, A.K. Gerlak, J. Lautze et M. Giordano, « Water resources data and information exchange in transboundary water treaties », *International Environmental Agreements*, vol. 11 (2011), p. 179 à 199; et L. Kauppi, A. Lipponen, « Monitoring and Assessment and the Duty of Cooperation Under the Water Convention : Exchange of Information Among the Riparian Parties », in A. Tanzi *et al.*, *The UNECE Convention ... (supra, note 104)*.

²⁷⁶ Cette crainte a notamment été exprimée par la représentante de l'Argentine lors de la 17e séance de la sixième Commission en 1996 (A/C.6/51/SR.17, par.47 et 48).

²⁷⁷ *Ibid.*, par. 50.

« aisément disponibles » figurant dans l'article 9 ne diffère guère de celui de « raisonnablement disponibles » employé au paragraphe 1 de l'article 13 de la Convention sur l'eau²⁷⁸.

L'obligation de fournir avec toute la diligence voulue des informations demandées qui ne sont pas aisément disponibles est définie tant au paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention sur les cours d'eau qu'au paragraphe 3 de l'article 13 de la Convention sur l'eau²⁷⁹. L'exigence de diligence permet de ne pas imposer de critères absolus qui ne tiendraient pas compte des différents niveaux de développement technologique et économique des États concernés.

À l'instar de la Convention sur l'eau, le paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention sur les cours d'eau permet aux États de subordonner la communication des informations demandées qui ne sont pas aisément disponibles au « paiement, par l'État auteur de la demande, du coût normal de la collecte et, le cas échéant, de l'élaboration de ces [...] informations ». On évite ainsi tout abus du droit de demander et d'obtenir de telles informations. Parallèlement, le paragraphe 3 de l'article 9 de cette dernière Convention renforce sensiblement l'obligation générale d'échange d'informations prévue au paragraphe 1 en imposant aux États de collecter et d'élaborer des données et informations avec toute la diligence voulue, même si aucune demande n'a été faite en ce sens, pour qu'elles soient aisément disponibles si elles sont demandées.

Sur ce point, la Convention sur l'eau fournit des indications plus précises que la Convention sur les cours d'eau et joue donc un rôle d'orientation complémentaire pour son interprétation. Le paragraphe 4 de l'article 13 de la Convention sur l'eau encourage l'échange d'informations :

Aux fins de l'application de la présente Convention, les Parties riveraines facilitent l'échange de la meilleure technologie disponible en particulier en favorisant : l'échange commercial de la technologie disponible; les contacts et la coopération industriels directs, y compris les coentreprises; l'échange d'informations et de données d'expérience et la fourniture d'une assistance technique. En outre, les Parties riveraines entreprennent des programmes de formation communs et organisent les séminaires et réunions nécessaires.

L'article 31 de la Convention sur les cours d'eau indique que « [a]ucune disposition de la présente Convention n'oblige un État du cours d'eau à fournir des données ou des informations qui sont vitales pour sa défense ou sa sécurité nationales », tandis que l'article 8 de la Convention sur l'eau énonce :

Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte aux droits ni aux obligations des Parties de protéger, conformément à leur système juridique national et aux règlements supranationaux applicables, les informations relevant du secret industriel et commercial, y compris de la propriété intellectuelle, ou de la sécurité nationale.

Ainsi, contrairement à la Convention sur l'eau, la Convention sur les cours d'eau n'établit pas le droit de ne pas communiquer des informations commerciales ou industrielles, ayant généralement trait aux droits de propriété intellectuelle, qui sont jugées confidentielles. Le fait qu'une telle disposition ne soit pas inscrite à l'article 31, malgré une demande en ce sens de la délégation des États-Unis d'Amérique, parlant au nom du Royaume-Uni²⁸⁰, indique qu'une telle exception ne peut être invoquée en se fondant sur la Convention sur les cours d'eau.

L'interprétation ne permet pas de compenser cette différence entre les deux Conventions; il s'agit d'un des rares domaines dans lesquels leur incompatibilité devra être résolue en appliquant les règles relatives à la relation entre des dispositions contraires figurant dans différents traités portant sur la même matière²⁸¹.

²⁷⁸ Conformément au Guide pour l'application de la Convention sur l'eau, « [l]es termes "raisonnablement disponibles" employés à l'article 13 ne sont pas fondamentalement différents des termes "aisément disponibles" employés à l'article 9 de la Convention sur les cours d'eau » (*supra*, note 74, par. 283).

²⁷⁹ Le paragraphe 3 de l'article 13 de la Convention sur l'eau est libellé comme suit : « Si une Partie riveraine demande à une autre Partie riveraine de lui communiquer des données ou des informations qui ne sont pas disponibles, la seconde s'efforce d'accéder à cette demande mais peut poser comme condition, pour ce faire, que la Partie qui fait la demande prenne à sa charge les frais raisonnables entraînés par la collecte et, s'il y a lieu, le traitement de ces données ou de ces informations ».

²⁸⁰ A/C.6/51/SR.23, par. 27.

²⁸¹ Voir *infra*, sous-section 8.1.2.

L'article 31 de la Convention sur les cours d'eau peut avoir une incidence sur l'incertitude qui perdure quant au processus coutumier relatif à cette question, dans la mesure où il pourrait être interprété comme discréditant l'argument selon lequel un État a le droit de ne pas communiquer des informations commerciales ou industrielles en se fondant sur une règle à caractère général qui existerait en droit coutumier dans l'esprit de l'article 8 de la Convention sur l'eau. Cette observation est valable dans le cas rare mais pas impossible d'un différend concernant l'étendue de l'obligation lorsque l'échange de données et d'informations se fait entre des riverains présentant des niveaux sensiblement différents de développement technologique et industriel. En pareil cas, l'intérêt commun à gérer et à protéger le cours d'eau international en tant que ressource naturelle partagée conformément à la Convention sur les cours d'eau l'emporterait sur tout intérêt économique unilatéral.

5.3. Procédures de notification des mesures projetées

Comme l'a récemment souligné la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* :

L'obligation de notifier est destinée [...] à créer les conditions d'une coopération fructueuse entre les parties leur permettant, sur la base d'une information aussi complète que possible, d'évaluer l'impact du projet sur le fleuve et, s'il y a lieu, de négocier les aménagements nécessaires pour prévenir les préjudices éventuels qu'il pourrait causer²⁸².

Les articles 11 à 19 de la Convention sur les cours d'eau fournissent un cadre réglementaire vaste et précis pour la notification des mesures, tandis que la Convention sur l'eau ne renvoie pas explicitement à la règle de la notification préalable. Cette différence est peut-être due au fait que la procédure complexe de notification et de suivi prévue dans la première Convention fait partie de la coopération institutionnelle, bilatérale et multilatérale qui s'effectue au sein des organes communs dont la création est obligatoire conformément au paragraphe 2 de l'article 9 de la deuxième Convention. En effet, comme souligné précédemment, cette coopération est expressément prévue aux articles 10, 11 et 13 sous la forme respectivement de consultations, de surveillance et d'évaluation communes et d'échange d'informations. Cela est d'autant plus vrai en matière de notification dans la mesure où, comme indiqué dans l'extrait de l'arrêt rendu dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* cité plus haut, il s'agit d'une condition préalable à la coopération. De plus, l'article 9 de la Convention sur l'eau établit une liste non exhaustive des attributions des organes communs, qui sont censés « [s]ervir de cadre pour l'échange d'informations sur les utilisations de l'eau et des installations connexes existantes et prévues qui risquent d'avoir un impact transfrontière » et « [p]articiper à la réalisation d'études d'impact sur l'environnement relatives aux eaux transfrontières, conformément aux règlements internationaux pertinents »²⁸³.

Toutefois, dans le Guide pour l'application de la Convention sur l'eau, l'obligation de donner notification des mesures projetées susceptibles d'avoir un impact transfrontière négatif est explicitement rappelée en lien avec l'obligation d'organiser des consultations en application de l'article 10²⁸⁴. Selon le *Guide*, le processus décrit dans la troisième partie de la Convention sur les cours d'eau et déclenché par une notification obligatoire ou une demande de notification est en réalité un processus de consultations concernant les mesures projetées²⁸⁵ :

Le principe selon lequel des consultations devraient être organisées entre des États voisins pour aborder les questions d'intérêt commun est un principe de droit général coutumier, sur la base d'une pratique diplomatique et conventionnelle d'amitié et de bon voisinage, bien établie dans le cadre de traités bilatéraux. La protection internationale de l'environnement ajoute un aspect particulier à ce principe général, à savoir le fait que

²⁸² Voir *supra*, note 42 par. 113.

²⁸³ Paragraphe 2 h) et j) de l'article 9, respectivement.

²⁸⁴ Voir *supra*, note 74. Aux termes de l'article 10 : « Des consultations sont organisées entre les Parties riveraines sur la base de la réciprocité, de la bonne foi et du bon voisinage, à la demande de l'une quelconque de ces Parties. Ces consultations visent à instaurer une coopération au sujet des questions visées par les dispositions de la présente Convention. Toute consultation de ce type est menée par l'intermédiaire d'un organe commun créé en application de l'article 9 de la présente Convention, lorsqu'un tel organe existe ».

²⁸⁵ Comme l'a indiqué la Cour dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, « [l']obligation de notifier est donc essentielle dans le processus qui doit mener les parties à se concerter pour évaluer les risques du projet et négocier les modifications éventuelles susceptibles de les éliminer ou d'en limiter au minimum les effets » (*supra*, note 42, par. 115).

chaque État a l'obligation de consulter son voisin s'il envisage des activités susceptibles d'avoir un impact transfrontière. Le Principe 19 de la Déclaration de Rio prévoit que les « États doivent prévenir suffisamment à l'avance les États susceptibles d'être affectés et leur communiquer toutes informations pertinentes sur les activités qui peuvent avoir des effets transfrontières sérieusement nocifs sur l'environnement et mener des consultations avec ces États rapidement et de bonne foi »²⁸⁶.

Le Guide pour l'application de la Convention sur l'eau a également souligné que « [c]onformément à l'article 10, les consultations doivent être menées par l'intermédiaire d'un organe commun créé en application du paragraphe 2 de l'article 9 lorsque, bien entendu, un tel organe existe ». Lorsqu'un tel organe n'existe pas ou que l'État qui prévoit des mesures ne respecte pas l'obligation de donner notification en temps voulu à l'organe commun compétent, comme l'Uruguay qui, dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, n'a pas donné notification à l'organe commun qu'est la Commission administrative du fleuve Uruguay (CARU)²⁸⁷, la troisième partie de la Convention sur les cours d'eau établit un cadre réglementaire utile qui reflète largement le droit international coutumier. Cette Convention fournit en outre des orientations applicables à des situations qui relèvent partiellement ou intégralement du champ d'application de la Convention sur l'eau, en vue d'une meilleure interprétation et application de cet instrument.

Dans cette optique, les principales caractéristiques normatives de la troisième partie de la Convention sur les cours d'eau seront brièvement décrites ci-après compte tenu des commentaires précédents²⁸⁸ sur l'importance potentielle de certaines dispositions de la Convention d'Espoo de 1991 et de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels de 1992 en ce qui concerne les relations entre les États qui sont également parties à l'une ou l'autre de ces conventions.

L'article 12 de la Convention sur les cours d'eau impose à l'État qui projette des mesures d'en donner notification lorsqu'elles sont « susceptibles d'avoir des effets négatifs significatifs pour les autres États du cours d'eau ». La notification doit être donnée « avant [que l'État] mette en œuvre ou permette que soient mises en œuvre » les mesures et qui plus est « en temps utile ». Comme l'a indiqué la Commission, « [l']expression "en temps utile" vise à poser le principe d'une notification adressée suffisamment tôt, au stade de la préparation du projet, pour qu'il puisse être procédé à des consultations et à des négociations valables, si besoin est, conformément aux articles suivants »²⁸⁹.

5.3.1. Évaluations de l'impact sur l'environnement

L'article 12 de la Convention sur les cours d'eau exige que la notification soit accompagnée des « données techniques et informations disponibles, y compris, le cas échéant, les résultats de l'étude d'impact sur l'environnement, afin de mettre les États auxquels elle est adressée à même d'évaluer les effets éventuels des mesures projetées ». Cette disposition est conforme à l'avis général, confirmé par le Tribunal arbitral dans l'affaire du *Lac Lanoux*, selon lequel « [un] État exposé à subir les répercussions des travaux entrepris par un État limitrophe est seul juge de ses intérêts »²⁹⁰. L'obligation imposant à l'État qui projette des mesures de communiquer aux riverains les résultats de toute évaluation de l'impact sur l'environnement est conforme à une obligation coutumière récemment cristallisée selon les critères énoncés dans des instruments internationaux faisant autorité, à savoir les Principes 17 et 19 de la Déclaration de Rio²⁹¹ et la Convention d'Espoo de 1991²⁹².

²⁸⁶ *Supra*, note 74, par. 270.

²⁸⁷ *Supra*, note 42, par. 111.

²⁸⁸ Voir *supra*, section 5.1.

²⁸⁹ Paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 12, in *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie) p. 118. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour a rejeté l'argument contraire avancé par l'Uruguay : « La Cour observe que cette notification doit intervenir avant que l'État intéressé ne décide de la viabilité environnementale du projet, compte dûment tenu de l'évaluation de l'impact sur l'environnement qui lui a été présentée » (*supra*, note 42, par. 120).

²⁹⁰ *Supra*, note 27, par. 21.

²⁹¹ *Supra*, note 23. Le Principe 19 prévoit en particulier que « Les États doivent prévenir suffisamment à l'avance les États susceptibles d'être affectés et leur communiquer toutes informations pertinentes sur les activités qui peuvent avoir des effets transfrontières sérieusement nocifs sur l'environnement et mener des consultations avec ces États rapidement et de bonne foi ».

²⁹² *International Legal Materials*, vol. 30 (1991), p. 802 à 819.

Plus important encore aux fins de la présente étude, le paragraphe 1 h) de l'article 3 de la Convention sur l'eau inscrit l'évaluation de l'impact sur l'environnement parmi les mesures obligatoires et nécessaires pour satisfaire à l'obligation « de [...] prévention, de [...] maîtrise et de [...] réduction de l'impact transfrontière ».

En dépit des doutes quant au caractère coutumier de l'obligation de présenter une telle évaluation au moment de donner notification des mesures projetées aux coriverains²⁹³, les articles 3 et 10 de la Convention sur l'eau, ainsi que l'article 12 de la Convention sur les cours d'eau, renforcent la cristallisation d'une coutume générale dans ce sens²⁹⁴.

En effet, comme l'a récemment indiqué la Cour dans l'affaire des *Usines de pâte à papier* :

[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 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 projet²⁹⁵.

Indépendamment de sa nature obligatoire, il est dans l'intérêt de l'État qui projette des mesures d'assortir sa notification de documents relatifs à l'évaluation de l'impact sur l'environnement. En fournissant cette évaluation, qui est susceptible d'établir scientifiquement que les activités projetées n'engendreront pas de dommage significatif pour l'État coriverain, l'État qui projette des mesures impose à l'État coriverain de démontrer le contraire. La présentation d'une évaluation de l'impact sur l'environnement peut également être demandée dans le cadre de la Convention sur les cours d'eau si l'État coriverain présumé lésé considère que les mesures projetées aboutiraient à une utilisation inéquitable et dommageable du cours d'eau au sens de l'article 15, auquel cas l'évaluation fournirait un cadre de référence déterminant pour les consultations et négociations menées en application de l'article 17. Ainsi, le fait d'assortir la notification d'une évaluation de l'impact sur l'environnement est, en substance, une condition préalable au respect de l'obligation de mener des consultations et des négociations constructives en application de l'article 17²⁹⁶.

Compte tenu du lien entre les obligations de procédure et de fond pertinentes²⁹⁷, une évaluation de l'impact sur l'environnement est également indispensable pour satisfaire aux obligations de prévention et d'utilisation équitable et raisonnable prévues par les deux Conventions, qui imposent de faire preuve de toute la diligence voulue. De plus, il va sans dire que l'État qui projette des mesures pourrait difficilement affirmer que l'utilisation du cours d'eau qu'il envisageait était équitable et qu'il avait pris toutes les mesures nécessaires pour éviter de causer un dommage significatif sans avoir procédé à une évaluation préalable de l'impact que les mesures projetées auraient sur l'environnement et, en particulier, sur ses coriverains.

Le paragraphe 1 h) de l'article 3 et le paragraphe 2 j) de l'article 9 de la Convention sur l'eau, ainsi que l'article 12 de la Convention sur les cours d'eau ne fournissent pas d'orientations ou de critères précis concernant le contenu d'une évaluation de l'impact sur l'environnement. Toutefois, une interprétation selon laquelle les dispositions des Conventions qui ne fournissent pas d'orientations doivent être lues conjointement avec les instruments existants en la matière donne à penser qu'il est nécessaire de consulter la Convention d'Espoo et les directives du Programme des Nations Unies pour l'environnement concernant les Buts et principes

²⁹³ En ce qui concerne l'existence d'une telle règle générale, même s'il émet des réserves quant au contenu de l'évaluation de l'impact sur l'environnement, voir P. Sands (*supra*, note 50), p. 601 à 623. Contra : L. Caflich, *supra*, note 227.

²⁹⁴ En ce qui concerne l'existence d'une telle règle générale présentant un caractère coutumier récemment acquis, voir A. Tanzi et M. Arcari, *supra*, note 15, p. 202.

²⁹⁵ *Supra*, note 42, par. 204.

²⁹⁶ Voir P.N. Okowa, *supra*, note 54, p. 280.

²⁹⁷ Voir *supra*, chapitre 5.

de l'évaluation de l'impact sur l'environnement²⁹⁸. Une certaine souplesse à ce sujet apparaît d'autant plus pertinente qu'une évaluation de l'impact sur l'environnement effectuée unilatéralement par l'État qui projette des mesures ne règle pas automatiquement la question de manière définitive; son objectif est de permettre à un État présumé lésé de procéder à sa propre évaluation de l'impact potentiel des mesures projetées sur son environnement. En cas de différend majeur entre les États concernés au sujet des effets potentiellement négatifs des activités envisagées, l'évaluation de l'impact sur l'environnement fournie par l'État à l'origine de la notification deviendra simplement un des cadres de référence pour les consultations et négociations qui doivent être menées en application de l'article 17 de la Convention sur les cours d'eau ou pour les travaux des organes communs créés conformément à la Convention sur l'eau.

5.3.2. Notification sur demande

Lorsque l'obligation de donner notification des mesures projetées n'est pas satisfaite et qu'un État présumé victime estime que les mesures projetées doivent être notifiées, la Convention sur les cours d'eau (paragraphe 1 de l'article 18) permet à ce dernier État de demander une notification. La même règle figure à l'article 10 de la Convention sur l'eau : « Des consultations sont organisées entre les Parties riveraines sur la base de la réciprocité, de la bonne foi et du bon voisinage, à la demande de l'une quelconque de ces Parties ». Là encore, la principale différence entre les deux Conventions réside dans le fait que, conformément au cadre réglementaire de la Convention sur l'eau, « [t]oute consultation de ce type est menée par l'intermédiaire d'un organe commun créé en application de l'article 9 de la présente Convention, lorsqu'un tel organe existe » (ibid.).

Il est important de noter qu'au titre de l'une ou l'autre Convention, une demande de notification formulée par l'État présumé lésé ne constitue pas nécessairement une affirmation implicite que l'État qui projette les mesures viole son obligation de notifier en ce sens que les mesures projetées sont de nature à avoir un impact négatif significatif sur un coriverain²⁹⁹. Toutefois, en application du paragraphe 1 de l'article 18 de la Convention sur les cours d'eau, la demande de l'État présumé lésé doit être accompagnée d'un « exposé documenté » expliquant les raisons pour lesquelles il « a des motifs raisonnables de penser qu'un autre État du cours d'eau projette des mesures qui peuvent avoir des effets négatifs significatifs pour lui ».

5.3.3. Désaccord sur l'effet potentiel des mesures projetées

En cas de désaccord, l'une ou l'autre des parties peut demander que soient engagées des consultations et négociations dans le cadre du régime général de coopération et de consultations prévu par les deux

²⁹⁸ Comme l'a souligné la Cour dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, cet instrument « ne lie pas les Parties, mais doit, en tant qu'il s'agit de directives établies par un organisme technique international, être pris en compte » (*supra*, note 42, par. 205). Il y a lieu de rappeler que le Principe 4 des Buts et principes de l'évaluation de l'impact sur l'environnement énumère les éléments constitutifs suivants d'une procédure d'évaluation de l'impact sur l'environnement :

- a) une description de l'activité proposée;
- b) une description de l'environnement susceptible d'être touché, y compris des informations précises nécessaires pour identifier et évaluer les effets sur l'environnement de l'activité proposée;
- c) une description des solutions pratiques, selon qu'il conviendra;
- d) une évaluation des impacts probables ou potentiels sur l'environnement de l'activité et des solutions proposées, y compris leurs effets directs, indirects, cumulatifs, à court terme et à long terme;
- e) une identification et une description des mesures disponibles pour atténuer les effets négatifs sur l'environnement des activités et solutions proposées et une évaluation de ces mesures;
- f) une indication des lacunes dans les connaissances et des incertitudes susceptibles d'entourer la compilation des informations demandées;
- g) une indication quant à la probabilité que l'environnement d'un autre état ou d'une autre région situé au-delà de la juridiction nationale soit touché par les activités ou solutions proposées;
- h) un compte rendu bref et non technique des informations fournies conformément aux points précédents.

²⁹⁹ Voir paragraphe 2 du commentaire du projet d'article 18, in *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 124.

Conventions. Les autres règles de procédure applicables énoncées dans la Convention sur les cours d'eau renforcent considérablement le cadre réglementaire de la Convention sur l'eau.

En application du paragraphe 3 de l'article 18 de la Convention sur les cours d'eau, en cas de désaccord, l'État qui projette les mesures en cause doit suspendre la mise en œuvre des mesures pendant une période maximale de six mois si l'autre État le lui demande.

Ce délai ne témoigne pas d'une règle coutumière dans la mesure où la coutume, de par sa nature, ne peut être suffisamment précise pour exiger plus qu'un « délai raisonnable ». On peut cependant affirmer que ce terme technique coutumier est raisonnablement interprété dès lors qu'une période de six mois renouvelable une fois est prévue. Ce délai a pour but de prévenir les abus de la part de l'État ayant reçu notification, qui se verrait autrement accorder un droit de veto sur les activités de l'État qui projette des mesures³⁰⁰.

Au cours de la période pendant laquelle l'État ayant reçu notification peut y répondre, l'État qui projette des mesures a non seulement l'obligation de s'abstenir de mettre en œuvre le projet, mais également l'obligation de coopérer avec l'État ayant reçu notification, en lui fournissant, sur demande, « toutes données et informations supplémentaires disponibles et nécessaires à une évaluation précise »³⁰¹.

L'État qui projette des mesures est libre de mettre en œuvre le projet si, dans le délai de six mois à compter de la notification, il n'a pas reçu de réponse de l'État auquel la notification était adressée, accompagnée d'un exposé documenté de ses conclusions selon lesquelles les mesures projetées seraient inéquitables ou causeraient un dommage significatif³⁰². L'absence de réponse peut être considérée comme un consentement à la mise en œuvre des mesures projetées³⁰³. En principe, un État qui ne répond pas à la notification devrait se voir opposer une fin de non-recevoir s'il s'opposait ultérieurement à la mise en œuvre des mesures dont il a reçu notification. Toutefois, conformément à la Convention, le fait de ne pas répondre à la notification ne vaut pas consentement à une utilisation contraire aux articles 5 ou 7; en d'autres termes, un État qui ne répond pas à la notification conserve le droit d'invoquer les conséquences juridiques d'un dommage significatif qui lui est causé, et ce, en vertu du paragraphe 2 de l'article 7. Ainsi, l'obligation qui incombe à l'État d'origine de prendre « toutes les mesures appropriées [...] pour éliminer ou atténuer ce dommage et, le cas échéant, discuter de la question de l'indemnisation » subsiste, même si l'État ayant reçu notification n'y a pas répondu, sauf si dans les circonstances particulières d'une affaire donnée, ce dernier est considéré comme ayant renoncé à ses droits.

Les conclusions qui précèdent sont fondées sur le libellé du paragraphe 1 de l'article 16 (« Absence de réponse à la notification »), conformément auquel la liberté de l'État auteur de la notification de mettre en œuvre les mesures projetées s'exerce « sous réserve des obligations qui lui incombent en vertu des articles 5 et 7 ». En application du principe général de bonne foi, cette disposition prévoit que l'État peut procéder à la mise en œuvre « conformément à la notification et à toutes autres données et informations fournies aux États auxquels la notification a été adressée ».

Ce qui précède est conforme à l'interprétation de l'accord contesté que l'Argentine et l'Uruguay avaient conclu en 1975 concernant le fleuve Uruguay, proposée dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, selon laquelle « l'État d'origine du projet peut, à la fin de la période de négociation, procéder à la construction à ses propres risques »³⁰⁴.

³⁰⁰ L'obligation pour l'État ayant reçu notification d'y répondre dans un délai raisonnable pour éviter de soumettre l'État qui projette des mesures à une obligation inutilement onéreuse, et de reporter ainsi indéfiniment l'exercice de son droit de mener les activités projetées, a été soulignée dans l'affaire du *Lac Lanoux*, dans laquelle le tribunal arbitral a catégoriquement rejeté l'existence d'un « droit de veto », qui paralyse, à la discrétion d'un État, l'exercice de la compétence territoriale d'un autre État » (*supra*, note 27, par. 11).

³⁰¹ Art. 14.

³⁰² Art. 15 et art. 16, par. 1.

³⁰³ Voir P.N. Okowa, *supra*, note 54, p. 297. S'agissant, plus généralement, de l'approbation et de la fin de non-recevoir, voir D.W. Bowett, « Estoppel before International Tribunals and its Relation to Acquiescence », *British Yearbook of International Law*, vol. 33 (1957), p. 176 à 202; I.C. MacGibbon, « Estoppel in International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 7 (1958), p. 468 à 513; I. Sinclair, « Estoppel and Acquiescence », in V. Lowe et M. Fitzmaurice (dir.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge et New York, Cambridge University Press, 1996), p. 104 à 120. Voir également T. Cottier et J.P. Müller, « Estoppel », et N.S. Marques Antunes, « Acquiescence », *Max Planck Encyclopedia* (*supra*, note 10), vol. I, p. 671 à 676 et 53 à 58, respectivement.

³⁰⁴ Voir *supra*, note 42, par. 154.

Compte tenu du fait que, dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, les parties au litige étaient également parties à un accord de cours d'eau bilatéral, qui prévoyait un mécanisme de coopération dans le cadre d'un organe commun, cette affaire montre non seulement la compatibilité mais également la pleine complémentarité des règles coutumières de procédure considérées, telles que codifiées par la Convention sur les cours d'eau, dans le cadre d'accords de coopération répondant aux critères énoncés au paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention sur l'eau. En ce qui concerne une période raisonnable de suspension après la notification, afin de permettre le déroulement de consultations et de négociations de bonne foi, la Cour a souligné que

[l]e mécanisme de coopération prévu par les articles 7 à 12 du statut de 1975 n'aurait pas de sens [...] si la partie d'origine de l'activité projetée autorisait celle-ci ou la mettait en œuvre sans attendre que ce mécanisme soit mené à son terme. En effet, si tel était le cas, les négociations entre les parties n'auraient plus d'objet³⁰⁵.

Le fait que la Cour ait ressenti le besoin de compléter son raisonnement avec un dernier paragraphe, dans lequel elle a souligné l'existence d'« une longue et efficace tradition de coopération et de coordination dans le cadre de la CARU »³⁰⁶ indique qu'elle est convaincue que les organes communs, lorsqu'ils existent, offrent un cadre approprié pour mener des consultations sur les activités prévues et en cours.

³⁰⁵ Ibid., par. 147.

³⁰⁶ Ibid., par. 281.

6. Les deux Conventions revêtent-elles une dimension des droits de l'homme?

6.1. Observations générales sur le droit international de l'eau et la dimension des droits de l'homme

Comme on l'a souligné plus haut, depuis sa création, le droit international de l'eau a porté exclusivement sur des revendications économiques concurrentes entre États riverains au sujet de cours d'eau transfrontières. Jusque récemment, l'exercice de la souveraineté nationale sur les eaux purement intérieures ne relevait pas du champ d'application de ce droit en raison de l'idée désuète de « compétence nationale » appliquée en la matière³⁰⁷.

La dimension environnementale et les besoins humains essentiels ont bénéficié assez récemment d'une reconnaissance méritée dans le processus de formation du droit de l'eau³⁰⁸, bien qu'essentiellement dans le contexte de cours d'eau transfrontières. La dégradation alarmante de nombreux écosystèmes liés à l'eau du fait de leur mauvaise gestion et de leur surexploitation³⁰⁹ a fini par pousser un nombre croissant de spécialistes de l'eau à plaider en faveur de l'adoption de critères moins axés sur l'aspect économique pour une gestion des ressources en eau douce plus focalisée sur une « approche écosystémique »³¹⁰, et à prendre davantage en considération les facteurs sociaux de base. Certains auteurs ont été jusqu'à qualifier de question de « sécurité environnementale » la dimension mondiale de la dégradation environnementale des écosystèmes liés à l'eau³¹¹.

Cela a abouti à l'adoption d'un nombre important d'instruments non contraignants et conventionnels dans le domaine des ressources naturelles et du droit de l'environnement. Toutefois, le processus a évolué séparément du droit international relatif aux droits de l'homme. La Conférence de Rio de 1992 et ses produits finaux³¹² ont joué un rôle essentiel dans l'intégration des préoccupations sociales et environnementales dans le droit international de l'eau. Un des chapitres clés d'Action 21, le Chapitre 18 (« Protection des ressources en eau douce et de leur qualité : application d'approches intégrées de la mise en valeur, de la gestion et de l'utilisation des ressources en eau »), souligne que « [d]ans la mise en valeur et l'utilisation des ressources en eau, il faut donner la priorité à la satisfaction des besoins fondamentaux et à la protection des écosystèmes »³¹³.

Le principal catalyseur du passage progressif d'une branche du droit international exclusivement axée sur l'économie à une branche qui tient également compte, dans une grande mesure, des préoccupations environnementales et des besoins sociaux essentiels a incontestablement été le concept de développement

³⁰⁷ Pour un examen général de la question de la « compétence nationale », voir A.A. Cançado Trindade, « The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organizations », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25 (1976), p. 715 à 765; et G. Arangio-Ruiz, « Le domaine réservé : l'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne », *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, vol. 225 (1990), p. 9 à 484.

³⁰⁸ Voir *supra*, section 2.1. S'agissant de la relation entre la protection environnementale et les droits de l'homme, voir notamment *Examen des faits nouveaux intervenus dans les domaines dont la sous-commission s'est déjà occupée, Droits de l'homme et environnement. Rapport final établi par Mme Fatma Zohra Ksentini, Rapporteur spécial* (E/CN.4/Sub.2/1994/9), 26 juillet 1994; *Étude analytique sur les liens entre les droits de l'homme et l'environnement, Rapport du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme* (A/HCR/19/34), 16 décembre 2011; et *Rapport de l'Expert indépendant chargé d'examiner la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable*, John H. Knox. *Rapport préliminaire*, 24 décembre 2012 (A/HCR/22/43).

³⁰⁹ Pour les premières études concernant ces problèmes, voir S. Postel, *Dividing the Waters : Food Security, Ecosystem Health, and the New Politics of Scarcity* (Washington, D.C., Worldwatch Institute, 1996), p. 26 à 35.

³¹⁰ Voir A.D. Tarlock, « International Water Law and the Protection of River System Ecosystem Integrity », *BYU Journal of Public Law*, vol. 10 (1990), p. 181 à 211. Voir également G. Francis, « Ecosystem Management », *Natural Resources Journal*, vol. 33 (1993), p. 315 à 345; L.A. Teclaff et E. Teclaff, « International Control of Cross-Media Pollution : An Ecosystem Approach », in A.E. Utton et L.A. Teclaff (dir.), *Transboundary Resources Law* (Boulder, United States of America, Westview Press, 1987), p. 289 à 321; O. McIntyre, « The Emergence of an "Ecosystem Approach" to the Protection of International Watercourses under International Law », *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 13 (2004), p. 1 à 14.

³¹¹ Pour un large débat sur le concept de la « sécurité environnementale », tel qu'appliqué aux ressources internationales en eau douce, voir notamment J. Brunnée et S.J. Toope, *supra*, note 43, p. 41 à 52; voir également, plus récemment, M.A. Schnurr et L.A. Swatuk (dir.), *Natural Resources and Social Conflict : Towards Critical Environmental Security* (Basingstoke, Royaume-Uni, Palgrave Macmillan, 2012).

³¹² Voir la Déclaration de Rio (*supra*, note 23) et l'Action 21 (*supra*, note 98).

³¹³ Action 21 (*supra*, note 98), par. 18.8 (les italiques sont de nous).

durable³¹⁴, tel qu'appliqué à l'utilisation des cours d'eau internationaux³¹⁵. Comme indiqué précédemment, ce concept a été intégré dans les deux Conventions³¹⁶. La Convention sur les cours d'eau aborde explicitement la dimension humaine dans un contexte transfrontière et si la Convention sur l'eau n'en parle pas explicitement, son Protocole sur l'eau et la santé traite de la question de l'accès à l'eau au niveau national d'une manière qui s'inscrit dans la suite logique du combat permanent en faveur des droits de l'homme en la matière. Le texte de la Convention sur les cours d'eau complète celui de la Convention sur l'eau, tandis que le Protocole susmentionné à cette dernière peut être utile pour interpréter et appliquer le principe d'utilisation équitable et l'obligation de ne pas causer de dommage conformément à la Convention sur les cours d'eau.

Afin d'établir un cadre conceptuel général pour procéder à l'analyse suivante, il ne faut pas oublier que la question des droits de l'homme intervient essentiellement au niveau national et dans les relations entre les individus et l'État, ce dernier étant généralement l'État de la résidence ou du domicile, tandis que le droit international de l'eau, tel que codifié par les deux Conventions s'applique sur le plan interétatique et transfrontière. Par conséquent, au stade actuel du développement du droit international, si les individus ou des groupes d'individus peuvent se prévaloir des droits de l'homme, le terme « besoins humains essentiels » renvoie au droit international à une utilisation équitable et raisonnable des eaux transfrontières, dont seuls les États peuvent se prévaloir. Toutefois, cette distinction et la différence notable entre les droits légaux et les besoins, notamment les besoins qui servent de facteur pour évaluer un droit, n'excluent pas un processus d'enrichissement mutuel. Cela signifie que l'évolution des droits de l'homme, en particulier dans les domaines de l'accès à l'eau et à l'assainissement et d'autres droits rattachés au droit à la santé et à un niveau de vie suffisant, comme le droit à l'électricité, ou les droits des autochtones, peut renforcer l'importance des besoins humains essentiels en tant que facteur à prendre en considération pour évaluer le principe d'utilisation équitable conformément au droit international de l'eau, et inversement³¹⁷.

6.2. La Convention sur les cours d'eau

On a déploré ici ou là que l'importance de l'aspect relatif aux droits de l'homme du droit international des cours d'eau ait été minimisée pendant le processus qui a abouti à l'adoption de la Convention sur les cours d'eau³¹⁸. En réalité, conformément au cadre conceptuel et juridique susmentionné (soulignant la distinction entre les « besoins humains essentiels » en droit international relatif aux cours d'eau transfrontière et les droits individuels consacrés par le droit des droits de l'homme), on peut facilement déduire du texte et des travaux préparatoires de la Convention sur les cours d'eau qu'une attention particulière a été accordée aux droits économiques et sociaux pour déterminer les facteurs à prendre en considération pour évaluer une utilisation équitable, et en particulier le droit d'avoir accès à l'eau, du moins dans la mesure où ce droit est rattaché au droit à la santé et à la sécurité. Les alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'article 6 (« Facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable ») énumèrent, respectivement, « les besoins économiques et sociaux des États du cours d'eau intéressés » et « la population tributaire du cours d'eau dans chaque État du cours d'eau ». Qui plus est, le paragraphe 4 du commentaire du projet d'article 10 (« Rapport entre les utilisations ») indique clairement que « la satisfaction des besoins humains essentiels » qui, conformément à l'article 6, doivent se voir accorder « une attention spéciale » et supposent à tout le moins de veiller à fournir « de l'eau en quantité suffisante pour la vie humaine, qu'il s'agisse d'eau potable ou de l'eau à réserver aux productions vivrières destinées à empêcher la famine »³¹⁹, doit être interprétée en fonction du contexte et comme faisant

³¹⁴ Voir les Principes 3 et 4 de la Déclaration de Rio (*supra*, note 23).

³¹⁵ Selon Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, grâce au concept de développement durable, « une dimension écologique a été introduite [dans le droit international des cours d'eau], à tout le moins en ce sens que le développement humain doit, indépendamment de l'impact transfrontière, respecter les limites de ce que l'environnement peut supporter » (*supra*, note 43, p. 70).

³¹⁶ Voir *supra*, sections 2.1 et 4.3.

³¹⁷ Comme l'a souligné le juge Weeramantry dans son opinion individuelle dans le cadre de l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, en fait, sinon en droit, « [...] les dommages causés à l'environnement peuvent compromettre et saper tous les droits de l'homme dont parlent la déclaration universelle et les autres actes consacrant de tels droits » (*supra*, note 26, opinion individuelle de M. Weeramantry, p. 92).

³¹⁸ Voir E. Hey, *supra*, note 52; E. Benvenisti, *supra*, note 19; A. Nollkaemper, *supra*, note 59, p. 61 et 62.

³¹⁹ *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 110.

partie intégrante des « besoins économiques et sociaux des États du cours d'eau intéressés », conformément au paragraphe 1 b) de l'article 6³²⁰.

Il convient de noter qu'à l'instar du principe de développement durable, la nécessité d'accorder la priorité aux « besoins humains essentiels » par rapport à tout autre facteur pour évaluer une utilisation équitable s'est imposée en droit international de l'eau, telle que consacrée à l'article 10 de la Convention sur les cours d'eau. Par conséquent, une utilisation d'un cours d'eau international qui cause un dommage significatif à la santé et la sécurité humaines constitue par définition une utilisation inéquitable et déraisonnable, et donc une violation du principe d'utilisation équitable et de l'obligation de ne pas causer de dommage. De même, au paragraphe 14 du commentaire du projet d'article 7 (« Obligation de ne pas causer de dommages significatifs »), la Commission indique que « [u]ne utilisation qui cause des dommages significatifs à la santé et à la sécurité des personnes est considérée comme intrinsèquement inéquitable et déraisonnable »³²¹. À propos de cet argument, certains ont soutenu que « l'intégration dans le droit international du droit de tous les peuples d'avoir un accès à l'eau fiable et en quantité suffisante suppose [...] de reconnaître que les États du cours d'eau ont, au minimum, l'obligation de ne pas compromettre ce droit dans leurs relations mutuelles »³²². Il convient de noter que, malgré son incidence sur une question qui suscite à la fois la solidarité et l'intérêt collectif, ce raisonnement s'est limité aux rapports bilatéraux entre les États directement intéressés. Il n'a donc pas été fait référence au droit des États tiers d'invoquer la responsabilité internationale d'un État autre que celui qui a été directement lésé, au motif que « a) [l']obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe; ou b) [l']obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble »³²³ ou si le dommage résulte « d'une violation grave par l'État d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général »³²⁴.

On peut soutenir que, dans la mesure où les deux Conventions sont fondées sur le même raisonnement et adoptent le même principe de développement durable, les aspects réglementaires de la Convention sur les cours d'eau complètent l'interprétation et l'application de la Convention sur l'eau en ce qui concerne la question examinée. Cette hypothèse est confirmée par la nature probante des dispositions applicables de la Convention sur les cours d'eau pour ce qui est du droit international coutumier. Au niveau transfrontière, qui correspond au champ d'application des deux Conventions, il convient également de noter que le Protocole sur l'eau et la santé, adopté en 1999 dans le cadre institutionnel de la Convention sur l'eau, la Commission et le bureau régional pour l'Europe de l'Organisation mondiale de la santé s'étant partagé les fonctions de secrétariat, aborde la relation juridique entre les États parties et leur population en ce qui concerne l'accès à l'eau et à l'assainissement. Malgré son champ d'application national, d'un point de vue transfrontière, le Protocole peut considérablement faire progresser la définition des exigences minimales en matière de « besoins humains essentiels », et ce, de manière parfaitement conforme aux instruments internationaux applicables en matière de droits de l'homme.

6.3. Le processus de formation du droit de l'eau et le Protocole sur l'eau et la santé de 1999 de la Commission économique pour l'Europe

Si la Convention sur l'eau n'accorde pas expressément la priorité aux besoins humains essentiels en tant que facteur pour évaluer l'utilisation équitable des eaux transfrontières, l'attention normative accordée au « facteur humain », notamment au principe de durabilité, est vive dans le contexte de la protection de l'environnement. Comme indiqué dans le Guide pour l'application de la Convention sur l'eau,

³²⁰ La Commission poursuit au sujet de la « satisfaction des besoins humains essentiels » en soulignant que « [c]e critère est une forme accentuée du facteur défini à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 6 qui fait état des "besoins économiques et sociaux des États du cours d'eau intéressés". Étant donné que le paragraphe 2 renvoie à l'article 6, ce facteur est de toute façon l'un de ceux dont les États du cours d'eau intéressés devront tenir compte pour trouver une solution à un conflit entre les utilisations du cours d'eau » (ibid.).

³²¹ Ibid., p. 110.

³²² Voir E. Hey, *supra*, note 52, p. 130 et suiv.

³²³ Paragraphe 1 de l'article 48 des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (*Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 30).

³²⁴ Ibid., art. 40, par. 1.

[...] la Convention contient des dispositions qui visent également à protéger l'intérêt commun de la communauté de ses Parties pour la préservation de l'environnement. On parle alors d'obligations de type intégral (ou obligations *erga omnes partes*), en ce sens que, pour protéger les intérêts de la communauté, elles introduisent un ensemble de droits indivisibles dont jouit la communauté des Parties. Les comportements vraiment contraires à ces obligations ne sont pas acceptables, même s'ils font l'objet d'un accord mutuel entre deux Parties riveraines ou plus, ou qu'ils découlent d'une action réciproque en réponse à une précédente violation de la Convention. Par conséquent, un comportement qui cause un dommage grave et irréversible à l'environnement d'un autre État Partie, ou une utilisation d'un cours d'eau qui se révèle non durable pour l'environnement ne serait pas toléré dans le cadre de la Convention³²⁵.

Comme cela a été souligné, la prise en considération de la dimension humaine liée à l'eau dans un contexte transfrontière et interétatique en tant que facteur pour évaluer le respect du principe d'utilisation équitable ne signifie pas qu'il faille adopter une approche fondée sur les droits de l'homme pour ce qui est des droits liés à l'eau. De plus, l'évolution du droit des droits de l'homme en ce qui concerne le droit d'accès à l'eau potable, comme en témoigne la résolution 64/292 adoptée par l'Assemblée générale le 28 juillet 2010³²⁶, a eu lieu indépendamment du développement du droit international de l'eau³²⁷. Cela rappelle la question de la fragmentation du droit international contemporain qui a été mentionnée au début de la présente étude³²⁸.

Toutefois, indépendamment du processus de formation du droit des droits de l'homme et qui plus est aux fins de la présente étude, même s'il n'a pas encore atteint la ratification universelle, le Protocole sur l'eau et la santé élaboré dans le cadre institutionnel de la Convention sur l'eau constitue un outil pour l'application du droit humain qu'est l'accès à l'eau potable et à l'assainissement, qui a été renforcé en 2007 par la création du Comité de contrôle du respect des dispositions, chargé de veiller au respect par les Parties des obligations que leur impose le Protocole³²⁹.

On peut avancer que le Protocole transpose explicitement sous la forme d'un instrument contraignant du droit de l'eau la plupart, sinon la totalité, des caractéristiques réglementaires qui se font jour dans le corpus du droit des droits de l'homme. Cette hypothèse est confirmée par une comparaison entre les principes fondamentaux de ce corpus et les articles 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui portent respectivement sur le droit à un niveau de vie suffisant et sur le droit à la santé, tels qu'interprétés dans l'Observation générale n° 15 (sur le droit à l'eau) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, adoptée en 2002³³⁰.

Malgré le champ d'application national du Protocole et des instruments connexes relatifs aux droits de l'homme, leurs règles et principes apportent une contribution significative en réaffirmant l'importance des besoins humains pour évaluer, au cas par cas, le respect du principe d'utilisation équitable.

³²⁵ Voir *supra*, note 74, par. 85.

³²⁶ A/RES/64/292. Le Conseil des droits de l'homme a déjà renforcé la dimension des droits de l'homme de la question de l'accès à l'eau et à l'assainissement dans sa résolution de 2009 sur les droits de l'homme et l'accès à l'eau potable et à l'assainissement (A/HRC/A/RES/12/8).

³²⁷ Voir A.K. Biswas, E. Rached et C. Tortajada (dir.), *Water as a Human Right for the Middle East and North Africa* (Londres, Routledge, 2008); P.M. Dupuy, « Le droit à l'eau : droit de l'homme ou droit des États? », in M.G. Kohen (dir.), *Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law : liber amicorum Lucius Caflisch. La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international* (Leiden et Boston, Martinus Nijhoff, 2007), p. 701 à 716; E.H. Riedel et P. Rothen (dir.), *The Human Right to Water* (Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006); K. Bourquain, *Freshwater access from a human rights perspective : a challenge to international and human rights law* (Leiden et Boston, Martinus Nijhoff, 2008); M. Mancisidor et N. Uribe (dir.), *The Human Right to Water : Current Situation and Future Challenges* (Barcelone, Icaria, 2008); M. Fitzmaurice, « The Human Right to Water », *Fordham Environmental Law Review*, vol. 18 (2007), p. 537 à 585; A. Tanzi, *supra*, note 58; H. Smets (dir.), *Le droit à l'eau potable et à l'assainissement, sa mise en œuvre en Europe / The Right to Safe Drinking Water and Sanitation in Europe* (Nanterre, France, Académie de l'Eau, 2011); S. De Vido, « The Right to Water : From an Inchoate Right to an Emerging International Norm », *Revue belge de droit international*, vol. 45 (2012), p. 517 à 564; S.C. McCaffrey, « The Emergence of a Human Right to Water and Sanitation : The Many Challenges », *American Society of International Law, Proceedings of the annual meeting*, vol. 106 (2012), p. 43 à 56; et O. McIntyre et A. Tanzi, « The Water Convention and the Human Right to Access to Water : The Protocol on Water and Health », in A. Tanzi et al., *The UNECE Convention ...* (*supra*, note 104).

³²⁸ Voir *supra*, note 1. Pour une analyse de ce phénomène, voir A. Tanzi, *supra*, note 58.

³²⁹ Voir l'additif au rapport de la première Réunion des Parties au Protocole sur l'eau et la santé relatif à la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Genève, 17-19 janvier 2007) (ECE/MP.WH/2/Add.3/EUR/06/5069385/1/Add.3).

³³⁰ E/C.12/2002/11.

7. Prévention et règlement des différends

Une comparaison entre l'article 33 de la Convention sur les cours d'eau et l'article 22 de la Convention sur l'eau montre les liens étroits entre, d'une part, les modalités de coopération, notamment la coopération institutionnalisée et, d'autre part, les mécanismes de règlement des différends et, par conséquent, entre la prévention et la résolution des différends.

L'article 22 de la Convention sur l'eau est succinct; une brève référence à l'obligation générale faite aux Parties de rechercher, dans un premier temps, un règlement « par voie de négociation ou par toute autre méthode [...] qu'elles jugent acceptables » est suivie d'une formule d'acceptation de l'arbitrage ou du règlement judiciaire semblable au système envisagé à l'article 33 de la Convention sur les cours d'eau.

L'article 22 ne mentionne pas d'autres formes de règlement des différends, comme les bons offices ou une procédure d'enquête, de médiation ou de conciliation et, contrairement au paragraphe 2 de l'article 33 de la Convention sur les cours d'eau, n'encourage pas les parties à renvoyer le différend devant une institution mixte de cours d'eau. Toutefois, la Réunion des Parties offre un cadre important pour la prévention et la « gestion » des différends. De plus, les États Parties à la Convention sur l'eau sont tenus de créer des organes communs en vue de la coopération bilatérale et multilatérale, dont les fonctions, conformément aux articles 9 et suivants, couvrent un large éventail de mesures de prévention et de gestion conjointe, qui ont une incidence directe sur la prévention des différends.

En cas de différend entre deux États Parties aux deux Conventions, il n'y aurait pas de conflit entre les mécanismes de règlement des différends envisagés dans les deux Conventions. Certes, l'article 33 de la Convention sur les cours d'eau prévoit une procédure d'enquête obligatoire que l'article 22 de la Convention sur l'eau n'envisage pas, mais cette procédure n'ajoute pas grand-chose, voire rien, au rôle des organes communs que les Parties à la Convention sur l'eau doivent créer, ni à son Comité d'application récemment créé³³¹. En outre, il n'y aurait pas de conflit ni de chevauchement entre l'arbitrage et le règlement judiciaire, tels qu'envisagés dans les deux Conventions, qui prévoient de tels mécanismes à titre facultatif et en termes absolument compatibles.

Comme prévu, la création du Comité d'application en 2012 a été un événement important dans le cadre de la Convention sur l'eau³³². Cela est d'autant plus remarquable en termes d'élaboration du droit et des politiques que la Convention n'envisageait pas un tel organe. Le Comité compte parmi les organes d'examen du respect des dispositions les moins conflictuels et les plus souples créés en application d'accords multilatéraux sur l'environnement³³³, et en particulier de conventions environnementales de la Commission économique pour l'Europe. Il comprend neuf membres siégeant à titre personnel qui sont élus par la Réunion des Parties en tenant compte, d'une part, de la nécessité de disposer d'experts possédant une expérience juridique et/ou scientifique et, d'autre part, de la répartition géographique³³⁴.

Le Comité peut intervenir à la demande d'une Partie suite à des difficultés constatées chez autre Partie; à la demande d'une Partie qui éprouve des difficultés à appliquer la Convention ou à s'acquitter de ses obligations; et de sa propre initiative, lorsqu'il se rend compte qu'une Partie se heurte à de telles difficultés³³⁵. En marge de ces mécanismes déclencheurs, qui sont conformes à la pratique en vigueur, il est habilité à mener une procédure consultative à la demande d'une ou de plusieurs Parties³³⁶. Si la demande d'une Partie concerne d'autres Parties ou des non-Parties, la participation de ces dernières à la procédure consultative est subordonnée à leur consentement³³⁷. Les procédures consultatives peuvent aboutir à la fourniture de conseils et à l'octroi d'une aide visant à faciliter la mise en œuvre et/ou le respect des dispositions de la Convention,

³³¹ Voir *supra*, note 12.

³³² Ibid. Voir également S. McCaffrey, « The Implementation Committee : a Tool for Compliance » et C. Contartese, « Dispute prevention, Dispute Settlement and Implementation Facilitation in International Water Law : The Added Value of the Establishment of an Implementation Mechanism under the Water Convention », in A. Tanzi et al., *The UNECE Convention ...* (*supra*, note 104).

³³³ Voir T. Treves et al. (dir.), *Non-Compliance Procedures and Mechanisms and the Effectiveness of International Environmental Agreements* (La Haye, T.M.C. Asser Press, 2009).

³³⁴ Décision VI/1, Annexe I (« Mécanisme destiné à appuyer l'application et le respect de la Convention »), par. 3, 4 et 6; voir *supra*, note 12.

³³⁵ Ibid., par. 24, 25 et 28.

³³⁶ Ibid., par. 18 à 23.

³³⁷ Ibid., par. 20, tel que modifié lors des débats de la sixième session de la Réunion des Parties (disponible auprès de l'auteur).

notamment en aidant les Parties à obtenir le soutien d'institutions spécialisées; en facilitant l'assistance technique et financière, y compris le transfert de technologie; en suggérant aux Parties de mettre au point des réglementations internes ou de négocier des accords de coopération; en demandant à la ou aux Parties concernées de mettre au point un plan d'action et/ou en fournissant une assistance à cet effet; en invitant la ou les Parties concernées à lui présenter un plan d'action pour faciliter l'application de la Convention ou le respect de ses dispositions; et/ou en invitant la ou les Parties concernées à lui présenter des rapports de situation sur les efforts déployés pour appliquer la Convention ou s'acquitter des obligations qu'elle impose³³⁸. Conformément à toutes les autres procédures qui relèvent de sa compétence, outre les mesures susmentionnées, le Comité peut recommander à la Réunion des Parties d'exprimer des préoccupations, de faire une déclaration de non-respect ou de formuler des mises en garde pour attirer l'attention sur des cas de non-respect de la Convention, ou de suspendre les droits et privilèges reconnus par la Convention à la Partie concernée³³⁹.

La création du Comité d'application n'a pas d'incidence sur l'application des règles générales relatives à la responsabilité de l'État en cas de violation des obligations définies dans la Convention sur l'eau. Rappelons que l'article 22 de la Convention sur l'eau et l'article 20 du Protocole sur l'eau et la santé continuent de prévoir le règlement judiciaire et l'arbitrage, bien qu'à titre facultatif. Les rédacteurs n'auraient d'ailleurs pas envisagé ces formes de règlement des différends s'ils avaient estimé que la nature générale et souple des dispositions applicables de ces deux instruments et l'application du principe de diligence raisonnable aux obligations qu'elles introduisent n'étaient pas compatibles avec le règlement judiciaire des différends. Si le mécanisme d'application de la Convention et la coopération institutionnelle qu'elle impose entre coriverains ne rendent pas les règles générales susmentionnées inapplicables sur le principe, le droit relatif à la responsabilité internationale de l'État et le règlement judiciaire des différends deviennent des questions moins urgentes.

Compte tenu de ce qui précède et du fait que les deux Conventions prévoient la possibilité d'un règlement judiciaire, il semble indiqué de déterminer brièvement si celui-ci est un moyen approprié de régler les différends conformément aux règles internationales applicables aux questions liées à l'eau, question à laquelle il a souvent été répondu par la négative³⁴⁰.

Cette attitude négative à l'égard du règlement judiciaire ou de l'arbitrage découle essentiellement de la vocation de justice distributive du droit international de l'eau. Ainsi, l'évaluation de la licéité du comportement de l'État défendeur peut ne pas être l'outil approprié pour l'application des dispositions pertinentes. Il en va de même pour la détermination judiciaire des formes de réparation et du montant dû à ce titre. Il ne faut pas oublier que les obligations de fond qui imposent de faire preuve de toute la diligence voulue, ainsi que les obligations de procédure en la matière, peuvent être violées par un comportement internationalement illicite. Ce principe a été systématiquement confirmé par les arguments récemment avancés dans le cadre de différends en droit international de l'eau, comme dans les affaires *Gabčíkovo-Nagymaros*³⁴¹ et *des Usines de*

³³⁸ Ibid., par. 22.

³³⁹ Ibid., par. 42 d) à g).

³⁴⁰ Voir J.G. Laylin et R.L. Bianchi, « The Role of Adjudication in International River Disputes » (*in American Journal of International Law*, vol. 53 (1959), p. 30 à 49) et les références qui y figurent. En outre, en 1959, Friedrich Joseph Berber a indiqué que « on s'accorde généralement à dire que les différends liés à l'eau sont un exemple classique des différends qui ne peuvent pas être réglés de manière satisfaisante par une décision judiciaire » (*supra*, note 15, p. 263). Dans le même esprit, voir J. Lipper, *supra*, note 20, p. 59 et suiv. Pour un aperçu des ouvrages de référence défendant les deux points de vue, à savoir pour ou contre l'applicabilité des moyens judiciaires au règlement des différends en droit de l'eau, dans le cadre d'une analyse visant à déterminer s'il existe une obligation coutumière de recourir à des tiers pour régler les différends en droit de l'eau qui ne peuvent pas être réglés dans le cadre de négociations, voir C.B. Bourne, *supra*, note 275, p. 206 et suiv. S'agissant du caractère inapproprié du règlement judiciaire pour les différends en droit international de l'eau, voir également G. Handl, *supra*, note 244, p. 190. Pour un point de vue plus ouvert, voir Eduardo Jiménez de Aréchaga, qui considère néanmoins que le règlement judiciaire dans les différends liés à des cours d'eau doit uniquement servir à déterminer si un dommage significatif a été causé (*supra*, note 16, p. 200). Plus récemment, Eyal Benvenisti qui privilégie la coopération comme seul moyen de renforcer la prévention et le règlement des différends en droit de l'eau, a donné la priorité à la négociation et non au règlement judiciaire (*supra*, note 19, p. 400). Martti Koskenniemi adopte une attitude quelque peu négative quant à l'applicabilité du règlement judiciaire aux différends liés à l'environnement, faisant valoir qu'il ne serait « déterminant uniquement après une évaluation de son caractère raisonnable en fonction du contexte ». Cette hypothèse s'applique certainement aux différends liés au droit de l'eau (*supra*, note 128, p. 81). Toutefois, Jutta Brunnée et Stephen J. Toope soutiennent que « [à] terme, une fois que le régime est plus structuré et que la légitimité juridique est établie, les règles et mécanismes contraignants de règlement des différends peuvent se révéler acceptables et efficaces ». Ils estiment cependant que « cette éventualité aura tendance à se présenter à un stade déjà bien avancé de la mise en place du régime » (*supra*, note 43, p. 58).

³⁴¹ *Supra*, note 26, p. 7.

pâte à papier dont a été saisie la Cour internationale de Justice, et dans l'affaire *Kishenganga*, portée devant un tribunal arbitral créé en application du règlement de la Cour permanente d'arbitrage³⁴².

En revanche, le fait que le principe d'utilisation équitable et l'obligation de ne pas causer de dommage puissent être considérés avant tout comme des paramètres aux fins des négociations dans le cadre d'une justice distributive n'est pas incompatible avec l'idée selon laquelle de telles règles sont justiciables. En effet, la justiciabilité des différends en droit international de l'eau doit être appréciée en tenant compte du contenu des règles applicables et de l'étendue de la fonction judiciaire ou arbitrale en droit international général.

Compte tenu de la généralité des règles de fond en la matière, les différends liés à des cours d'eau peuvent présenter de nombreuses dimensions factuelles et variables juridiques pertinentes³⁴³. Les différends relatifs à l'utilisation équitable et à l'obligation de ne pas causer de dommage portent généralement sur la conciliation des intérêts des parties concernées. Par conséquent, les requérants peuvent chercher à obtenir un jugement déclaratif sur les droits fondamentaux et les garanties procédurales concernés, la réparation du comportement illicite ou une indication des modalités juridiques d'un règlement équitable du différend en termes de justice distributive.

Comme l'a souligné l'auteur de la présente étude, un différend transfrontière lié au droit de l'eau peut être la conséquence non seulement d'une activité déjà en place ou du dommage qu'elle cause, mais également de projets³⁴⁴. En pareil cas, les règles contestées seront probablement de nature procédurale et liées à l'obligation générale de coopération applicable, par exemple, à l'échange de données et d'informations, aux notifications, aux consultations et aux négociations. Cette hypothèse a été récemment confirmée dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*³⁴⁵. *Compte tenu de la relation complémentaire entre, d'une part, les règles de fond applicables et, d'autre part, les règles de procédure applicables, un différend relatif à l'application des premières portera sans doute également sur l'application des deuxièmes, et inversement*³⁴⁶. *Là encore, une cour ou un tribunal international, qui confirme les droits et obligations de nature procédurale, participerait directement aux négociations en cours ou envisagées pour résoudre le différend.*

La fonction judiciaire (ou arbitrale) pourrait être un mécanisme efficace pour trancher l'ensemble des différends entre États découlant de l'utilisation actuelle ou envisagée d'un cours d'eau international. La pratique judiciaire récente de la Cour internationale de Justice, ainsi que la pratique arbitrale, montrent que le règlement judiciaire peut être utile dans le règlement des différends dont l'objectif premier est de concilier les intérêts et les droits des parties. Il convient de noter que, dans l'affaire de la Compétence en matière de pêcheries entre le Royaume-Uni et l'Islande, la Cour a expressément indiqué que, compte tenu de la nature des droits impliqués, le fait de renvoyer les parties vers des négociations était « une manière justifiée [...] d'exercer la fonction judiciaire »³⁴⁷, tout comme le fait d'établir des paramètres aux fins des négociations, en tenant compte des facteurs économiques, sociaux et écologiques³⁴⁸.

Une approche intégrée des différends liés aux cours d'eau, qui tient compte de tous les moyens et processus existants de résolution des conflits, y compris le règlement judiciaire et l'arbitrage, trouve un appui dans le droit international général. L'accord reste le fondement et l'objectif de tous les moyens de règlement des différends; même les mécanismes dits « obligatoires » ne peuvent se déclencher sans le consentement des parties³⁴⁹, même s'il a été exprimé avant que le différend éclate véritablement.

³⁴² *Indus Water Kishanganga Arbitration (Pakistan c. Inde)*, sentence définitive, 20 décembre 2013, p. 6.

³⁴³ Voir R. Bilder, « An Overview of International Dispute Settlement », *Emory Journal of International Dispute Resolution*, p. 15 (cité par C. Chinkin, « Dispute Resolution and the Law of the Sea : Regional Problems and Prospects », in J. Crawford et D.R. Rothwell (dir.), *The Law of the Sea in the Asian Pacific Region : Developments and Prospects* (Dordrecht et Boston, Martinus Nijhoff, 1995), p. 242 et J.W. Kindt, « Dispute Settlement in International Environmental Issues : The Model provided by the 1982 Convention on the Law of the Sea », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 22 (1989), p. 1112.

³⁴⁴ « Recent Trends in International Water Law Dispute Settlement », in Bureau international de la Cour permanente d'arbitrage (dir.), *International Investments and Protection of the Environment : The Role of Dispute Resolution Mechanisms* (La Haye et Londres, Kluwer Law International, 2001), p. 133 à 174.

³⁴⁵ Voir *supra*, note 341; voir également *supra*, chapitre 5.

³⁴⁶ *Ibid.* Voir également O. McIntyre, *supra*, note 257, p. 475 à 497.

³⁴⁷ *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, *Fond, Arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, par. 75.

³⁴⁸ *Ibid.*, par. 79.

³⁴⁹ Il y a presque 30 ans, Charles B. Bourne a fait observer que « [e]n vérité, les véritables limites du rôle du règlement judiciaire au niveau international résident dans le refus des états d'intenter une action en justice et non dans l'objet et la nature des différends. Cela vaut tant pour les différends internationaux liés à l'eau que pour les autres différends » (*supra*, note 275, p. 217).

On peut se demander si, lorsqu'il est déclenché unilatéralement, l'arbitrage ou le règlement judiciaire obligatoire n'est pas contre-productif, dans la mesure où il peut difficilement compenser l'absence de volonté politique de rechercher un règlement négocié. En même temps, le fait de savoir qu'un tel mécanisme obligatoire a été accepté par les parties concernées avant la naissance du différend peut inciter la partie récalcitrante à adopter une attitude plus souple vis-à-vis des négociations. Le même raisonnement s'applique également une fois que les procédures ont été engagées, en ce sens que le déclenchement des procédures peut pousser une partie récalcitrante à relancer, voire à conclure des négociations au point mort³⁵⁰. Même dans le pire des cas, lorsqu'une décision judiciaire ou arbitrale est rendue *in absentia* ou que, dans un premier temps, elle n'est pas respectée, les déclarations et conseils éclairés d'une cour ou d'un tribunal arbitral peuvent être utilisés ultérieurement comme outil de négociation pour obtenir un règlement négocié du différend.

Si les arguments qui précèdent militent en faveur d'une pleine compatibilité, sinon complémentarité, du règlement judiciaire ou de l'arbitrage et du règlement négocié, on peut affirmer qu'en règle générale, les formes judiciaires de règlement des différends sont plus adaptées pour régler les litiges découlant de l'interprétation et de l'application de la Convention sur les cours d'eau que de la Convention sur l'eau, dans la mesure où les parties à la première convention ne bénéficient pas des services d'assistance, de conseils et de médiation de tiers qu'offre le cadre institutionnel de la deuxième convention, récemment renforcé par la création du Comité d'application.

³⁵⁰ Ce point a été souligné par le juge Ajibola dans un article intitulé « Dispute Resolution by the International Court of Justice », dans lequel il insiste sur le rôle de « la Cour qui fait partie du processus de négociation » (*Leiden Journal of International Law*, vol. 11 (1998), p. 126).

8. Les relations des deux Conventions entre elles et avec d'autres sources du droit international

8.1. Du point de vue du droit conventionnel

8.1.1. Une méthode d'interprétation constructive des règles mutuellement complémentaires des deux Conventions

La coutume internationale relative au droit conventionnel, telle que codifiée dans la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, confirme que deux ou plusieurs traités portant sur la même matière peuvent s'appliquer simultanément entre les mêmes parties, dès lors que leurs dispositions sont mutuellement compatibles³⁵¹. Cela est établi à l'article 30 (« Application de traités successifs portant sur la même matière »), en particulier au paragraphe 3³⁵², et à l'article 59 (« Extinction d'un traité ou suspension de son application implicites du fait de la conclusion d'un traité postérieur »), en particulier au paragraphe 1 b³⁵³.

La compatibilité totale des deux Conventions, démontrée dans les chapitres précédents de la présente étude, permet d'appliquer le principe de l'harmonisation selon lequel, d'après le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, « [o]n s'accorde généralement à considérer que, lorsque plusieurs normes ont trait à une question unique, il convient, dans la mesure du possible, de les interpréter de manière à faire apparaître un ensemble unique d'obligations compatibles »³⁵⁴.

De surcroît, des analyses ont montré que les deux Conventions étaient non seulement compatibles, mais aussi largement complémentaires. En d'autres termes, du fait de la compatibilité fondamentale de leurs dispositions respectives relatives à la même matière, les règles plus précises figurant dans une Convention offrent des éléments d'orientation importants pour l'interprétation et l'application des dispositions moins précises de l'autre.

De manière générale, cet argument interprétatif s'appuie sur l'article 31 de la Convention de Vienne (« Règle générale d'interprétation »), dont le paragraphe 3 prévoit que, aux fins de l'interprétation d'un traité, « [i] sera tenu compte, en même temps que du contexte : [...] c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

De toute évidence, comme indiqué précédemment, ces considérations interprétatives s'appliquent aux États qui sont parties aux deux Conventions, notamment compte tenu du fait que les deux instruments expriment essentiellement, sinon totalement, le droit coutumier. La Commission du droit international l'a confirmé dans son étude sur la fragmentation du droit international :

Le paragraphe 3 c) de l'article 31 fait aussi obligation à l'interprète d'examiner d'autres règles fondées sur des traités pour parvenir à un sens cohérent. Ces autres règles sont d'une importance particulière lorsque les parties au traité faisant l'objet de l'interprétation sont aussi parties à l'autre traité, lorsque la règle conventionnelle est passée dans le droit international coutumier ou exprime le droit international coutumier [...]³⁵⁵

³⁵¹ Voir E. Rocounas, *Engagements parallèles et contradictoires* (Leiden et Boston, Brill, 2008), p. 206; W. Czapliński et G. Danilenko, « Conflicts of Norms in International Law », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 21 (1990), p. 29; et J.B. Mus, « Conflicts between Treaties in International Law », *Netherlands International Law Review*, vol. 45 (1998), p. 208 à 232.

³⁵² Aux termes du paragraphe 3 de l'article 30 : « Lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur ».

³⁵³ Aux termes de l'article 59 : « Un traité est considéré comme ayant pris fin lorsque toutes les parties à ce traité concluent ultérieurement un traité portant sur la même matière et [...] b) Si les dispositions du traité postérieur sont incompatibles avec celles du traité antérieur à tel point qu'il est impossible d'appliquer les deux traités en même temps ». Si l'article 30 appuie directement l'application complémentaire potentielle des deux Conventions, l'appui offert par l'article 59 est implicite.

³⁵⁴ Voir *supra*, note 1.

³⁵⁵ *Ibid.*, par. 21).

En outre, tant que les dispositions des deux Conventions devant être interprétées ou appliquées peuvent être considérées comme témoignant du droit coutumier, les considérations qui précèdent s'appliquent également aux relations juridiques entre les États qui ne sont pas nécessairement parties aux deux Conventions, dans la mesure où les parties riveraines concernées remplissent les deux conditions de l'intégration systémique³⁵⁶ soulignées par la Commission :

- a) Les parties sont réputées se reporter au droit international coutumier et aux principes généraux de droit pour toutes les questions que le traité ne résout pas lui-même en termes exprès;
- b) Lorsqu'elles contractent des obligations conventionnelles, les parties n'entendent pas agir de manière non conforme aux principes généralement reconnus du droit international.

On peut également affirmer que les dispositions les plus précises et détaillées d'une des deux Conventions complètent, en devenant prioritaires, les dispositions de l'autre Convention portant sur la même matière, conformément à un autre principe général : *lex specialis derogat legi generali*. Comme l'a souligné la Commission, « [l]e fait que le droit spécial prime le droit général a pour justification que le premier, plus concret, tient souvent mieux compte que tout droit général applicable des particularités du contexte dans lequel il doit être appliqué »³⁵⁷.

Les commentaires généraux qui précèdent concernant la relation complémentaire entre les dispositions des deux Conventions, qui renferment des règles issues du droit coutumier général tel que codifié dans la Convention de Vienne, sont confirmés par leurs « dispositions sur la compatibilité ».

D'une part, en marge du principe général mentionné plus haut, l'idée selon laquelle les dispositions plus détaillées de la Convention sur l'eau fournissent des orientations pour interpréter et appliquer la Convention sur les cours d'eau est expressément visée au neuvième alinéa du préambule de cette deuxième Convention, qui renvoie aux « accords bilatéraux et multilatéraux régissant les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation ». Comme mentionné plus haut, cela est particulièrement vrai des nombreuses normes figurant dans la Convention sur l'eau, qui prévoit l'obligation de prévention qui impose de faire preuve de toute la diligence voulue en énonçant les attributions des organes communs chargés de la coopération transfrontière institutionnelle.

D'autre part, dans quelques cas, la Convention sur les cours d'eau peut fournir des orientations complémentaires pour l'interprétation et l'application de la Convention sur l'eau. Outre le principe général énoncé au paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne et la maxime générale *lex specialis derogat legi generali*, les fondements juridiques de cette démarche interprétative complémentaire sont précisément confirmés par le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention sur l'eau, qui prévoit que « [l]es Parties riveraines concluent, sur une base d'égalité et de réciprocité, des accords bilatéraux ou multilatéraux ou d'autres arrangements, quand il n'en existe pas encore [...] afin de définir leurs relations mutuelles et la conduite à tenir en ce qui concerne la prévention, la maîtrise et la réduction de l'impact transfrontière ». Si la Convention sur les cours d'eau n'était certainement pas le type d'accord que les rédacteurs de la Convention sur l'eau avaient à l'esprit, les quelques dispositions du premier instrument qui fournissent une orientation réglementaire plus précise peuvent relever du champ d'application du paragraphe en question. Comme indiqué précédemment, cela vaut particulièrement pour les facteurs à prendre en considération pour évaluer l'utilisation équitable et raisonnable d'un cours d'eau international, les conséquences juridiques de la

³⁵⁶ En effet, selon la Commission, le paragraphe 3 c) de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités « exprime l'objectif d'"intégration systémique" selon lequel, quelle que soit leur matière, les traités sont une création du système juridique international et leur application est fondée sur ce fait » (ibid., par. 17)).

³⁵⁷ Ibid., par. 7). L'application de ce principe est loin d'être absolue. D'après la Commission, « [l]a relation entre la maxime de la *lex specialis* et les autres normes d'interprétation ou de résolution des conflits ne peut être déterminée de manière générale. On ne peut décider qu'en fonction du contexte si le critère de spécialité doit prendre le pas sur celui de temporalité ou inversement » (ibid., par. 6)). De plus, outre les situations dans lesquelles la *lex specialis* déroge au *jus cogens*, auquel cas la première s'applique, « d'autres considérations » peuvent limiter son application, confirmant ainsi que le droit général l'emporte sur le droit spécial, notamment le point de savoir « [s]i l'on peut déduire la primauté du droit général de la forme ou de la nature de celui-ci ou de l'intention des parties, selon le cas; [s]i l'application du droit spécial risquerait de vider de sa substance le *but* du droit général; [s]i des tiers bénéficiaires risqueraient de pâtir du droit spécial; et [s]i le droit spécial risquerait de porter atteinte à l'équilibre des droits et obligations établi dans le droit général » (ibid., par. 10), les italiques sont de la Commission).

survenance d'un dommage transfrontière et les règles de procédure applicables à la notification des mesures projetées.

8.1.2. Garanties en cas de règles contradictoires

L'entrée en vigueur de la Convention sur les cours d'eau et la mondialisation de la Convention sur l'eau faisant suite à l'entrée en vigueur des amendements, adoptés en 2003, qui permettent aux États n'appartenant pas à la région de la Commission économique pour l'Europe d'adhérer à la Convention, invitent à envisager, avec une prudence extrême, un scénario hypothétique dans lequel les dispositions des deux Conventions seraient considérées mutuellement incompatibles.

8.1.2.1. Les relations entre les deux Conventions

La question de savoir si, conformément à la maxime *lex posterior derogat priori*, la convention postérieure l'emporte sur la convention antérieure — en d'autres termes, si les dispositions plus générales et moins strictes de la Convention sur les cours d'eau dérogent aux dispositions plus détaillées et plus strictes de la Convention sur l'eau — est potentiellement source d'inquiétude. Afin d'y répondre, il faut examiner la relation entre deux maximes : *lex specialis derogat legi generali* et *lex posterior derogat legi priori*.

S'il est vrai que les articles 30 et 59 de la Convention de Vienne défendent l'application du deuxième principe en ce qui concerne les dispositions contradictoires de deux traités portant sur la même matière entre les parties aux deux traités considérés, la jurisprudence de la Cour internationale de Justice semble accorder la priorité à la *lex specialis* et non à la *lex posterior*³⁵⁸ : « La présomption de la *lex posterior* ne peut pas s'appliquer lorsque les parties ont eu l'intention de l'exclure, ce qui peut être déduit de la nature des dispositions ou des instruments pertinents, ou de leur objet et de leur but »³⁵⁹. En dehors du large pouvoir discrétionnaire en matière d'interprétation qui découle de cette déduction, les articles 30 et 59 de la Convention de Vienne laissent les parties libres de déterminer, au cas par cas, les effets juridiques d'un traité international dans leurs relations mutuelles en ce qui concerne les traités préexistants ou futurs portant sur la même matière.

Cette liberté contractuelle a été prévue par les rédacteurs des deux Conventions. S'agissant de la Convention sur l'eau, le paragraphe 1 de l'article 9 non seulement permet mais demande aux parties de conclure des accords de cours d'eau bilatéraux ou multilatéraux énonçant des règles plus précises. Cela permet d'imposer aux parties à la Convention sur l'eau qui sont également devenues parties à la Convention sur les cours d'eau les normes plus détaillées et strictes établies dans le deuxième instrument. Parallèlement, et par voie de conséquence, cette disposition écarte toute dérogation aux règles de la Convention sur l'eau par des règles moins strictes ou détaillées figurant dans la Convention postérieure.

En ce qui concerne la Convention sur les cours d'eau, on a déjà mentionné le neuvième alinéa de son préambule, qui garantit l'application des accords de cours d'eau existants en les « rappelant », prévoyant ainsi l'application de la Convention sur l'eau pour les parties aux deux Conventions. L'intention des rédacteurs à ce sujet ressort plus clairement du paragraphe 1 de l'article 3 : « À moins que les États du cours d'eau n'en soient convenus autrement, la présente Convention ne modifie en rien les droits et obligations résultant pour ces États d'accords en vigueur à la date à laquelle ils sont devenus parties à la présente Convention ».

³⁵⁸ Dans son avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la Cour a décrit la relation entre le droit des droits de l'homme et les lois de la guerre comme suit : « la protection offerte par le pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre, si ce n'est pour l'effet de l'article 4 du pacte [...]. C'est toutefois, en pareil cas, à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie. Ainsi, c'est uniquement au regard du droit applicable dans les conflits armés, et non au regard des dispositions du pacte lui-même, que l'on pourra dire si tel cas de décès provoqué par l'emploi d'un certain type d'armes au cours d'un conflit armé doit être considéré comme une privation arbitraire de la vie contraire à l'article 6 du pacte » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, par. 25). La Cour a conclu que même si la date d'adoption du Pacte était postérieure à la cristallisation du droit coutumier de la guerre, il ne l'emportait pas sur le droit coutumier, en application du principe de la *lex posterior*, dans la mesure où les lois coutumières de la guerre antérieures l'emportaient sur le Pacte postérieur conformément au principe de la *lex specialis*. Conformément à cette approche, dans l'affaire *Slivenko et autres c. Lettonie* (2002), la Cour européenne des droits de l'homme a soutenu qu'un traité bilatéral antérieur entre la Lettonie et la Russie ne pouvait pas déroger à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Décision sur la recevabilité du 23 janvier 2002, CEDH 2002-II, p. 509 et 510).

³⁵⁹ Voir *supra*, note 1, par. 27.

Cette disposition maintient clairement le pouvoir normatif de la Convention sur l'eau pour les parties à cette dernière qui ratifient ultérieurement la Convention sur les cours d'eau. Parallèlement, en évoquant la possibilité que les États « en soient convenus autrement », le paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention sur les cours d'eau, lu conjointement avec le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention sur l'eau, garantit l'application pour les parties à ce dernier instrument des dispositions du premier instrument qui sont plus précises et détaillées et, évidemment, conformes à ses principes fondamentaux, comme pour l'ensemble de ses dispositions.

8.1.3. Les relations entre les deux Conventions et d'autres accords de cours d'eau

8.1.3.1. Accords préexistants

Dans les deux Conventions, la référence spécifique au cas hypothétique dans lequel les parties à une des deux Conventions sont également parties à un accord de cours d'eau préexistant a une incidence non seulement sur les relations entre les deux Conventions, mais également sur les relations entre chacune d'entre elles et d'autres accords de cours d'eau conclus antérieurement. Les deux instruments abordent la question différemment.

Comme indiqué plus haut, le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention sur l'eau impose aux parties d'adapter les accords existants « lorsque cela est nécessaire pour éliminer les contradictions avec les principes fondamentaux de la présente Convention [...] ». En principe, on peut déduire de cette obligation *de contrahendo* que, comme prévu en cas d'incompatibilité, un État partie à la fois à la Convention sur l'eau et à un accord de cours d'eau préexistant ne tient pas compte des obligations incompatibles définies dans l'accord antérieur.

Ce qui précède est conforme aux principes généraux sur l'application de traités successifs portant sur la même matière, codifiés à l'article 30 de la Convention de Vienne. D'une part, la disposition générale soutient le principe de la *lex posterior* selon lequel, en cas d'incompatibilité entre les dispositions de deux traités ratifiés par les mêmes parties et portant sur la même matière, les dispositions du traité postérieur l'emportent sur celles du traité antérieur. D'autre part, le paragraphe 4 b) de l'article 30 de la Convention de Vienne prévoit que « [...] [d]ans les relations entre un État partie [à deux traités sur la même matière] et un État partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux États sont parties régit leurs droits et obligations réciproques ».

Cela étant, le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention sur l'eau n'exclut pas l'illicéité d'un comportement qui, tout en respectant la Convention sur l'eau, constitue une violation d'un accord de cours d'eau antérieur vis-à-vis d'un État qui est partie à cet accord, mais pas à la Convention sur l'eau. Cela est confirmé par le paragraphe 5 de l'article 30 de la Convention de Vienne, qui indique que le paragraphe 4 b) susmentionné du même article « s'applique sans préjudice [...] de toute question de responsabilité qui peut naître pour un État de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre État en vertu d'un autre traité ».

S'agissant de la Convention sur les cours d'eau, des négociations laborieuses se sont déroulées à New York entre des délégations qui estimaient que la Convention devait l'emporter sur tout accord de cours d'eau préexistant dès lors qu'il était contraire à ses dispositions, ou au moins à ses principes fondamentaux, et ceux qui entendaient soutenir les accords antérieurs, privant ainsi la Convention de tout effet dérogaire³⁶⁰.

La formulation finalement adoptée donne l'avantage aux défenseurs de l'opinion selon laquelle la Convention sur les cours d'eau ne doit pas l'emporter sur les accords antérieurs³⁶¹. Si le paragraphe 1 de l'article 3³⁶² prévoit que « [...] la présente Convention ne modifie en rien les droits et obligations résultant pour [les États du cours d'eau] d'accords en vigueur à la date à laquelle ils sont devenus parties à la présente Convention », le paragraphe 2 indique simplement que les parties à de tels accords « peuvent, se besoin est, envisager de mettre

³⁶⁰ Pour un récit de ce débat, voir A. Tanzi, *supra*, note 72, p. 110 et 111. Voir également A. Tanzi et M. Arcari, *supra*, note 15.

³⁶¹ Cette solution n'a pas satisfait ceux qui avaient fermement défendu la nécessité d'une harmonisation obligatoire. Voir, en particulier, la déclaration du représentant de l'Éthiopie à l'Assemblée générale, qui explique le vote de sa délégation concernant la Convention (A/51/PV.99, p. 9 et 10).

³⁶² Voir *supra*, sous-section 8.1.2.1.

lesdits accords en harmonie avec les principes fondamentaux de la présente Convention ». Conformément au principe de l'effet utile en matière d'interprétation³⁶³, ce libellé ne peut être considéré comme dépourvu de toute fonction normative; il a au moins un effet incitatif qui impose le respect de bonne foi. Par exemple, la disposition pourrait être utilisée par un État du cours d'eau pour demander à un riverain de participer à des négociations concernant, au moins, le bien-fondé de l'adaptation d'un accord préexistant entre eux aux principes fondamentaux de la Convention.

Du point de vue d'une partie à la Convention sur l'eau qui envisage de ratifier la Convention sur les cours d'eau, cette dernière, compte tenu de son approche souple en la matière, ne contreviendrait en aucun cas à l'obligation énoncée au paragraphe 1 de l'article 9 de la première, qui est elle-même plutôt souple dans la mesure où elle renvoie à des adaptations à ses « principes fondamentaux ». De plus, compte tenu de la cohérence des principes de base des deux instruments, le respect des obligations d'adaptation énoncées au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention sur l'eau reviendrait à appliquer la disposition incitative que contient le paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention sur les cours d'eau.

Pour un État qui a déjà ratifié la Convention sur les cours d'eau, devenir partie à la Convention sur l'eau imposerait clairement l'obligation de conclure des accords qui « élimine[nt] les contradictions avec les principes fondamentaux de la présente Convention ». Toutefois, compte tenu de la compatibilité mutuelle, voire de la cohérence parfaite, des principes fondamentaux des deux Conventions, ce point semble être sans importance.

8.1.3.2. Accords futurs

En ce qui concerne les relations entre les deux instruments et les accords futurs, le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention sur l'eau est clair; il impose aux parties de conclure des accords qui : a) appliquent aux circonstances propres à un cours d'eau donné les obligations générales de prévention, de maîtrise et de réduction de l'impact transfrontière; et b) adaptent les accords préexistants aux principes fondamentaux de la Convention. Par conséquent, plutôt que d'exclure la conclusion de futurs accords incompatibles avec les principes fondamentaux de la Convention, cette disposition établit une présomption d'illicéité de comportement découlant de l'application d'un tel accord entre des parties à la Convention qui ne sont pas parties à l'accord postérieur. De toute évidence, cela vaut également pour les futurs accords de cours d'eau entre des États parties à la Convention sur l'eau uniquement.

Le paragraphe 1 de l'article 41 de la Convention de Vienne (« Accords ayant pour objet de modifier des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement ») soutient explicitement cette position et prévoit que « [d]eux ou plusieurs parties à un traité multilatéral peuvent conclure un accord ayant pour objet de modifier le traité dans leurs relations mutuelles seulement : a) si la possibilité d'une telle modification est prévue par le traité ».

L'argument susmentionné contre la conclusion d'accords incompatibles conformément au paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention sur l'eau est confirmé par le régime coutumier général codifié dans la Convention de Vienne : la conséquence juridique de la conclusion par les parties à un traité multilatéral d'un accord spécial postérieur qui est incompatible avec le traité ne serait pas l'annulation de l'accord postérieur, sauf si le premier est considéré comme reflétant un droit coutumier de nature impérative ou appartenant au *jus cogens* conformément aux articles 53, 64 et 71 de la Convention de Vienne, mais serait régie par l'article 60 (« Extinction d'un traité ou suspension de son application comme conséquence de sa violation ») et, qui plus est, par les règles coutumières relatives à la responsabilité de l'État.

Ces règles s'appliquent à la fois aux relations entre les États qui sont uniquement parties au traité multilatéral antérieur et aux relations entre les États parties aux deux instruments, qui ont mis en œuvre les dispositions de l'accord postérieur contrairement aux obligations découlant du traité antérieur ou inversement³⁶⁴. Aucune

³⁶³ Conformément à ce principe, si deux interprétations sont possibles, celle qui permet à une disposition de s'acquitter de sa fonction normative l'emporte sur celle qui empêche l'exercice d'une telle fonction (*Ut res magis valeat quam pereat*).

³⁶⁴ « [L]'État qui est partie aux deux traités incompatibles a des obligations à l'égard des parties aux deux traités séparément. S'il ne peut remplir les obligations qui lui incombent en vertu des deux traités, il risque d'être responsable de la violation de l'un d'eux, sauf si les parties concernées en décident autrement. Dans ce cas, l'article 60 de la Convention de Vienne [...] peut lui aussi devenir applicable. Il est impossible de répondre par une règle générale à la question de savoir lequel des traités incompatibles devrait être appliqué et laquelle des violations de l'un ou l'autre traité devrait entraîner la responsabilité de l'État » (*supra*, note 1, par. 25).

disposition de la Convention de Vienne ne prévoit que la conclusion d'un accord contraire à une règle sur la validité de la conclusion de traités postérieurs portant sur la même matière doit être considérée comme nulle, tandis que le paragraphe 5 de l'article 30 (« Application de traités successifs portant sur la même matière ») prévoit que les règles énoncées au paragraphe précédent « [...] s'applique[nt] sans préjudice [...] de toute question de responsabilité qui peut naître pour un État de la conclusion ou de l'application d'un traité dont les dispositions sont incompatibles avec les obligations qui lui incombent à l'égard d'un autre État en vertu d'un autre traité ».

Il reste ainsi à déterminer quels États parties ont le droit de rejeter la responsabilité sur un autre État qui, en appliquant les dispositions d'un accord postérieur incompatible, a violé les dispositions de l'accord antérieur ou inversement. Le régime général du droit des traités susmentionné accorde ce droit à un coriverain lésé qui est partie à la Convention sur l'eau et pas partie à l'accord postérieur incompatible, tandis que les parties à la Convention qui ne sont pas des coriverains du cours d'eau visé par l'accord postérieur ont le droit d'invoquer la responsabilité des auteurs du comportement en cause dans la mesure où il est estimé que les dispositions violées protègent les droits collectifs de tous les États parties à la Convention. En effet, comme le souligne le Guide pour l'application de la Convention sur l'eau,

[...] la Convention contient des dispositions qui visent également à protéger l'intérêt commun de la communauté de ses Parties pour la préservation de l'environnement. On parle alors d'obligations de type intégral (ou obligations *erga omnes partes*), en ce sens que, pour protéger les intérêts de la communauté, elles introduisent un ensemble de droits indivisibles dont jouit la communauté des Parties. Les comportements vraiment contraires à ces obligations ne sont pas acceptables, même s'ils font l'objet d'un accord mutuel entre deux Parties riveraines ou plus, ou qu'ils découlent d'une action réciproque en réponse à une précédente violation de la Convention. Par conséquent, un comportement qui cause un dommage grave et irréversible à l'environnement d'un autre État Partie, ou une utilisation d'un cours d'eau qui se révèle non durable pour l'environnement ne serait pas toléré dans le cadre de la Convention³⁶⁵.

Compte tenu du raisonnement qui précède, on peut se demander si des réactions juridiques à des violations présumées d'obligations de type intégral ou *erga omnes partes* découlant de la Convention relèvent du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 48 (« Invocation de la responsabilité par un État autre qu'un État lésé ») des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, aux termes duquel « [c]onformément au paragraphe 2, tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État, si : a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ». Si, en principe, cela semble être le cas, il sera intéressant d'observer la direction prise par la future pratique.

S'agissant de la Convention sur les cours d'eau, le paragraphe 3 de l'article 3 prévoit que les parties peuvent conclure des accords qui « appliquent et adaptent » ses dispositions aux caractéristiques propres d'un cours d'eau particulier. La question de savoir si cette disposition donne aux États parties la liberté de conclure des accords spéciaux qui modifient la Convention sans restriction, ou si les modifications prévues par de tels accords doivent être conformes aux principes généraux consacrés par la Convention, a soulevé de fortes inquiétudes parmi les spécialistes³⁶⁶ et a fait l'objet d'un débat passionné pendant les négociations qui se sont déroulées à New York. Si certaines délégations ont défendu une disposition établissant expressément la non-validité de futurs accords spéciaux incompatibles avec les principes fondamentaux de la Convention³⁶⁷, d'autres ont demandé une référence explicite à la possibilité que de futurs accords de cours d'eau « appliquent » la Convention ou s'en « écartent »³⁶⁸.

Le texte finalement adopté conserve le libellé du paragraphe 3 de l'article 3, initialement proposé par la Commission; ainsi, les futurs accords spéciaux entre les États parties peuvent préciser les règles générales

³⁶⁵ Voir *supra*, note 74.

³⁶⁶ Voir E. Hey, *supra*, note 52, et L. Cafilisch, « Réglementation des utilisations des cours d'eau internationaux », in S. M.A. Salman et L. Boisson de Chazournes, *supra*, note 71, p. 3 à 17.

³⁶⁷ Voir, par exemple, les propositions écrites formulées par l'Éthiopie (A/C.6/51/NUW/WG/CRP.9) et les Pays-Bas (A/C.6/51/NUW/WG/CRP.16). Pour plus de précisions, voir A. Tanzi, *supra*, note 72, p. 111.

³⁶⁸ Voir les propositions écrites formulées par Israël (A/C.6/51/NUW/WG/CRP.8), la Turquie (A/C.6/51/NUW/WG/CRP. 12) et la France (A/C.6/51/NUW/WG/CRP. 15).

qu'ils établissent en les « appliquant et les adaptant » aux caractéristiques propres à un cours d'eau particulier dans le respect des principes fondamentaux énoncés dans la Convention.

Cette interprétation n'est pas incompatible avec la déclaration du Groupe de travail selon laquelle « [l]a présente Convention servira de cadre aux futurs accords relatifs aux cours d'eau et, une fois que de tels accords seront conclus, elle ne modifiera en rien les droits et obligations qui y seront prévus »³⁶⁹, dans la mesure où cette déclaration concerne deux périodes de temps distinctes; la période précédant la conclusion d'un accord spécial, au cours de laquelle les parties aux négociations ne peuvent pas s'écarter de la Convention puisqu'elles sont tenues de l'« applique[r] et [l']adapte[r] »; et la période qui suit la conclusion hypothétique d'un accord de cours d'eau spécial, pendant laquelle, dans l'éventualité peu probable que l'accord s'écarte de la Convention sur les cours d'eau, la validité de l'accord postérieur serait confirmée. En outre, la déclaration interprétative confirme le droit général des traités sur la succession de traités portant sur la même matière. Parallèlement, en application du paragraphe 4 de l'article 3 de la Convention sur les cours d'eau, la conclusion d'un accord de cours d'eau spécial est autorisée « dans la mesure où cet accord ne porte pas atteinte, de façon significative, à l'utilisation des eaux du cours d'eau par un ou plusieurs États du cours d'eau sans le consentement exprès de cet État ou ces États ».

Les dispositions de la Convention sur l'eau sont plus précises à ce sujet, dans la mesure où les parties n'ont pas la possibilité de conclure des accords postérieurs contraires à ses principes fondamentaux. Cela ne s'applique vraisemblablement pas aux relations entre la Convention sur les cours d'eau et les futurs accords de cours d'eau, dans la mesure où le paragraphe 4 de l'article 3 fixe des limites claires quant à la validité de futurs accords de cours d'eau qui portent atteinte, de façon significative, à un coriverain qui n'est pas partie à la Convention.

L'objectif de ces deux processus étant le même, à savoir renforcer l'intérêt commun en faveur de toutes les parties concernées, il ne serait pas conforme au fondement des deux instruments de soustraire aux règles régissant les relations entre les États parties à un instrument régional les critères les plus précis initialement établis dans ce contexte régional du simple fait qu'ils ont participé à un processus similaire au niveau universel et l'ont encouragé. Il a également été souligné que la distinction entre la dimension régionale d'une Convention et la dimension mondiale de l'autre disparaissait avec l'entrée en vigueur des modifications apportées à la Convention sur l'eau pour permettre aux États Membres de l'ONU qui ne sont pas membres de la Commission économique pour l'Europe d'y adhérer.

8.2. Du point de vue du processus de formation du droit coutumier

Le résultat de l'analyse comparative précédente des deux Conventions est également valable en dehors du droit conventionnel; séparément et dans leurs relations mutuelles complémentaires, ces instruments fixent les paramètres les plus rigoureux du processus général de formation du droit coutumier en la matière.

Comme l'a constamment rappelé la Cour internationale de Justice, une disposition figurant dans un traité international, et en particulier une convention de codification, peut correspondre à une règle coutumière lorsque son adoption joue un rôle probant ou cristallisateur dans le processus de formation du droit coutumier

³⁶⁹ Voir *supra*, note 68, par. 8.

qui précède l'adoption du traité³⁷⁰. La Cour a également indiqué que, même lorsque les dispositions d'un traité ne reflètent pas de règles coutumières au moment de l'adoption du traité, elles peuvent le faire ultérieurement si elles donnent naissance à un processus plus étendu de formation de droit coutumier conforme à leur contenu, remplissant ainsi une fonction génératrice en ce qui concerne la nouvelle coutume³⁷¹.

La Cour a indiqué à plusieurs reprises que le même raisonnement pouvait s'appliquer à une convention de codification qui n'est pas encore entrée en vigueur³⁷². Point important pour ce qui nous concerne, comme indiqué précédemment, la Cour a appliqué le même raisonnement s'agissant précisément de la Convention sur les cours d'eau, qu'elle a expressément mentionnée deux mois à peine après son adoption, et donc indépendamment de son entrée en vigueur, dans le cadre de l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*³⁷³.

Compte tenu de ce cadre conceptuel établi par la Cour, les conclusions de la présente étude concernant la nature mutuellement complémentaire des deux Conventions devraient également être considérées comme établissant un mandat officiel commun du droit coutumier en la matière. En ce qui concerne certaines questions spécifiques, il se pourrait bien qu'en raison du manque de pratique suffisamment cohérente et d'opinio juris, la correspondance entre une disposition donnée d'une des Conventions et le droit coutumier ne puisse être confirmée au moment de leur adoption. Toutefois, en pareil cas, on peut présumer que leur adoption a été déterminante pour compléter le processus correspondant de formation des règles coutumières; ce point de vue est confirmé par la pratique internationale et intergouvernementale ainsi que par les débats qui se sont déroulés depuis leur adoption.

La nature largement probante des deux instruments pour ce qui est du droit coutumier signifie qu'ils s'appliquent également aux relations entre des États qui ne sont parties à aucune des deux Conventions et aux relations entre les États parties et les États non parties. De toute évidence, cela ne s'applique pas aux dispositions de nature institutionnelle, comme les dispositions de la Convention sur l'eau qui créent la Réunion des Parties et ses organes subsidiaires, ou aux dispositions de nature procédurale qui fixent des délais précis, comme les dispositions de la Convention sur les cours d'eau relatives à la notification des mesures projetées.

³⁷⁰ Voir les *Affaires du plateau continental de la Mer du Nord (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 1969, par. 70. Voir également *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 1982, par. 42; *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, Arrêt, C.I.J. Recueil 1984, par. 94; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Fond, Arrêt, C.I.J. Recueil 1986, par. 177; et *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 2002, par. 52 et 53. Pour quelques exemples des nombreux travaux de recherche sur le sujet, voir R.R. Baxter, « Multilateral Treaties As Evidence of Customary International Law », *British Yearbook of International Law*, vol. 41 (1965-1966), p. 275 à 300; *ibid.*, « Treaties and Custom », *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, vol. 129 (1970-I), p. 25 à 105; A. D'Amato, « Manifest Intent and the Generation by Treaty of Customary Rules of International Law », *American Journal of International Law*, vol. 64 (1970), p. 892 à 902; R.P. Dhokalia, *The Codification of Public International Law* (Manchester, Royaume-Uni, Manchester University Press, 1970); C. Marek, « Le problème des sources du droit international dans l'arrêt sur le plateau continental de la mer du Nord », *Revue Belge de Droit International*, vol. 6 (1970), p. 44 à 78; H.W.A. Thirlway, *International Customary Law and Codification* (Leiden, A. W. Sijthoff, 1972); E. Jiménez de Aréchaga, *supra*, note 16, p. 159 (*Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, vol. 1978); *ibid.*, « Custom », in A. Cassese et J. Weiler (dir.), *Change and Stability in International Law-Making* (Berlin, De Gruyter, 1988), p. 3 et 4; Sir R.Y. Jennings, *Treaties as Legislation*, in G. Wilner et al. (dir.), *Jus et Societas : Essays in Tribute to W. Friedmann* (La Haye, Martinus Nijhoff, 1979), p. 159 à 168; *ibid.*, « What is International Law and How Do We Tell It When We See It? », in *Annuaire Suisse de Droit International*, vol. 37 (1981), p. 59 à 88; M. Eugen Villiger, *Customary International Law and Treaties*, 2^e éd. (La Haye, Kluwer Law International, 1997); H. Torriente, « L'influence des conventions de codification sur la coutume en droit international public », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 42 (1990), p. 1058 à 1060; R.P. Mazzeschi, « Trattati e consuetudine nella codificazione del diritto internazionale », *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, vol. II (Bari, Cacucci, 1995), p. 663 à 689; K. Wolfke, « Treaties and Custom : Aspects of Interrelation », in E.W. Vierdag, J. Klabbers et R. Lefeber (dir.), *Essays on the law of treaties : a collection of essays in honour of Bert Vierdag* (La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1998), p. 31 à 39; L.N. Sadat, « Custom, codification and some thoughts about the relationship between the two : article 10 of the ICC Statute », *DePaul Law Review*, vol. 35 (2000), p. 909 à 923; et B.B. Jia, « The Relations Between Treaties and Custom », *Chinese Journal of International Law*, vol. 9 (2010), p. 81 à 109.

³⁷¹ *Affaires du plateau continental de la Mer du Nord*, *supra*, note 370.

³⁷² Dans *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Avis consultatif*, C.I.J. Recueil 1971, par. 94 et 96, la Cour renvoie aux dispositions de la Convention de Vienne bien avant son entrée en vigueur et indique qu'elles traduisent des règles coutumières; une chambre de la Cour a appliqué le même raisonnement en ce qui concerne la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dans *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine*, Arrêt (*supra*, note 370, par. 84). Dans *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, Arrêt, C.I.J. Recueil 1985, la Cour renvoie également aux projets d'articles qui ne seront adoptés qu'ultérieurement sous la forme d'une convention, à savoir la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui entrera en vigueur ultérieurement, le 10 novembre 1994. Sur ce point, voir C.Th. Eustathiades, *Conventions de Codification Non Ratifiées*, in *Mélanges en l'honneur de W. Wengler*, vol. 1 (1973), p. 13 à 77; L.B. Sohn, « Unratified Treaties as a Source of Customary International Law », in A. Bos et H. Siblescz (dir.), *Realism in Law-Making : Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1986), p. 231 à 246; et I. Sinclair, *The Impact of the Unratified Codification Convention*, in Bos et Siblescz (op. cit.), p. 211 à 229.

³⁷³ Voir *supra*, note 26.

Comme indiqué précédemment, la fonction justificative que la Convention sur les cours d'eau exerce en ce qui concerne le droit coutumier général a été confirmée par la Cour, qui l'a qualifiée de source d'orientations normatives dans un conflit entre deux États qui n'étaient pas parties à la Convention et ne pouvaient pas l'être dans la mesure où elle n'était pas entrée en vigueur³⁷⁴. L'entrée en vigueur de la Convention confirme d'autant plus son pouvoir à cet égard, même s'il est ensuite important que le nombre de ratifications soit cohérent et représentatif sur le plan géographique. Le même rôle justificatif a été expressément approuvé par les parties à la Convention sur l'eau dès la première occasion qui s'est présentée après son entrée en vigueur le 6 octobre 1996, à savoir la première Réunion des Parties en 1997. Dans la Déclaration d'Helsinki, les parties ont souligné l'importance de la fonction d'orientation de la Convention pour les États non parties, qu'ils soient ou non membres de la Commission économique pour l'Europe³⁷⁵. L'adoption, lors de la troisième session de la Réunion des Parties en 2003, des amendements aux articles 25 et 26 permettant l'adhésion des États qui n'appartiennent pas à la région Commission économique pour l'Europe³⁷⁶ et l'entrée en vigueur de ces amendements le 6 février 2013 appuient le raisonnement qui précède.

Dans la Déclaration d'Helsinki, après avoir engagé les pays membres de la Commission économique pour l'Europe qui n'étaient pas encore devenus parties à la Convention à « coopérer dans le domaine des eaux transfrontières sur la base d'accords bilatéraux et multilatéraux conformes à la Convention », les participants à la Réunion des Parties ont déclaré que « [à] leur demande, nous aiderons ces pays, pas des conseils, à mettre au point des accords de ce type ou à adapter ceux qui existent déjà »³⁷⁷. Dans la même Déclaration, les parties ont « encouragé tous les autres pays à étudier la possibilité de s'inspirer des dispositions de la Convention lors de la formulation et de la mise en œuvre de leur politique de gestion de l'eau ». Elles ont poursuivi comme suit : « Nous œuvrerons en faveur de l'exécution, au niveau régional, du Programme Action 21 en préservant les eaux de la pollution et de la surexploitation, conformément aux conclusions de la session extraordinaire de l'Assemblée générale (New York, juin 1997). Nous offrons de partager l'expérience que nous avons acquise avec les autres régions du monde ». Enfin, elles ont « not[é] avec satisfaction qu'à la présente réunion, des pays membres de la Commission économique pour l'Europe qui ne sont pas encore devenus Parties à cet instrument se sont associés à la présente déclaration ».

Concrètement, compte tenu de la fonction d'encadrement des deux Conventions, leur pouvoir normatif au sens plus large décrit précédemment fournit des orientations aux États et aux organisations intergouvernementales dans la prise de décisions relatives aux eaux transfrontières, et notamment lors de la négociation d'accords de cours d'eau relatifs à des bassins transfrontières particuliers³⁷⁸. Les dispositions plus détaillées de la Convention sur l'eau concernant l'obligation de prévenir les dommages, qui impose de faire preuve de toute la diligence voulue, fournissent également des orientations pertinentes concernant l'élaboration de la législation nationale et la prise de mesures administratives ayant une incidence sur les activités susceptibles d'avoir un impact sur les eaux transfrontières³⁷⁹. En outre, compte tenu de leur rôle probant en ce qui concerne la coutume internationale, les deux Conventions peuvent fournir aux agences financières internationales des orientations pour l'application du principe du respect du droit international comme condition pour approuver le financement de projets liés à l'eau ayant une portée transfrontière. Par exemple, la compatibilité d'un projet lié à l'eau avec les principes du droit international de l'eau est une

³⁷⁴ Ibid.

³⁷⁵ Déclaration d'Helsinki, consultable à l'adresse www.unece.org/env/water/cooperation/area414.html.

³⁷⁶ Voir *supra*, note 8.

³⁷⁷ Déclaration d'Helsinki, *supra*, note 375. La signature du traité intergouvernemental relatif au bassin fluvial Dniestr par la République de Moldova et l'Ukraine en 2012 illustre les cas dans lesquels les pays concernés ont négocié un accord avec l'aide fournie dans le cadre des programmes de travail de la Convention pour les périodes 2007-2009 et 2010-2012.

³⁷⁸ Pour un exemple, voir *supra*, note 74, p. 17 (« Encadré 3. Coopération relative à l'Estuaire de l'Ems-Dollard »).

³⁷⁹ Dans la Déclaration d'Helsinki (*supra*, note 375), les parties à la Convention déclarent : « Loin d'être propres aux eaux transfrontières, les problèmes auxquels nous sommes confrontés devraient être abordés dans la perspective d'une gestion intégrée des eaux. Ainsi, notre coopération dans le domaine des eaux transfrontières contribuera aussi à améliorer la gestion des eaux intérieures et à assurer, de façon harmonisée, la protection et l'utilisation des eaux tant intérieures que transfrontières. Nous nous conformerons, selon qu'il conviendra, aux principes énoncés dans la Convention pour élaborer, réviser, appliquer et faire respecter nos lois et règlements nationaux relatifs à l'eau ».

condition préalable à l'approbation conformément aux stratégies opérationnelles de la Banque mondiale³⁸⁰ et du Fonds pour l'environnement mondial (FEM)³⁸¹.

³⁸⁰ Voir le paragraphe 3 de la politique opérationnelle de la Banque mondiale intitulée « Projets relatifs aux voies d'eau internationales » (PO 7.50), consultable à l'adresse http://siteresources.worldbank.org/OPSMANUAL/Resources/210384-1170795590012/OP750_French.pdf. Pour des commentaires d'universitaires et d'experts sur la politique précédente de la Banque en la matière, voir R. Krishna, « L'évolution et le contexte de la politique de la Banque relative aux projets portant sur des cours d'eau internationaux », in S. M.A. Salman et L. Boisson de Chazournes, *supra*, note 71, p. 33 à 45; et G.T. Keith Pitman « Le rôle de la Banque mondiale dans le renforcement de la coopération et le règlement des conflits relatifs aux cours d'eau internationaux : le cas du bassin de l'Indus », in *ibid.*, p. 155 à 166. Voir également D. Goldberg, « World Bank Policy on Projects on International Waterways in the Context of Emerging International Works of the International Law Commission », in G.H. Blake *et al.*, *supra*, note 52, p. 153 à 167. Concernant le rôle de la Banque mondiale dans la promotion du droit international de l'eau comme moyen de régler les différends internationaux liés à l'eau, voir également A. Tanzi, *supra*, note 344.

³⁸¹ Voir la stratégie du FEM relative aux eaux internationales (2010), consultable à l'adresse www.thegef.org/gef/sites/thegef.org/files/documents/document/GEF-5_IW_strategy_0.pdf. En ce qui concerne la contribution spécifique de la stratégie à la promotion de « l'utilisation durable et de la gestion des services écosystémiques » liés aux systèmes d'eau transfrontières, voir FEM « International Waters », consultable à l'adresse www.thegef.org/gef/International_Waters; et « GEF International Waters Strategy », consultable à l'adresse www.thegef.org/gef/IW_GEF5_strategy.

9. Observations finales et perspectives pour l'avenir

L'analyse comparative menée plus haut illustre parfaitement la situation dans laquelle deux traités multilatéraux portant sur la même matière renforcent les relations d'interprétation conformément au cadre conceptuel proposé par la Commission en ce qui concerne la fragmentation du droit international³⁸² : « Une norme peut aider à l'interprétation d'une autre norme si elle sert par exemple à appliquer, préciser, mettre à jour ou modifier cette dernière. Dans une telle situation, les deux normes sont appliquées conjointement »³⁸³. D'après l'approche de la Commission, cela permet une intégration systémique des règles en question³⁸⁴.

Le Guide pour l'application de la Convention sur l'eau fournit un exemple pratique et une confirmation intergouvernementale sérieuse de cette analyse, dans la mesure où les explications qu'il contient concernant de nombreuses dispositions de la Convention sur l'eau reposent largement sur les règles énoncées dans la Convention sur les cours d'eau. À ce jour, en particulier en Asie centrale, la promotion du premier instrument s'appuie sur la promotion des normes minimales du droit international de l'eau et, par conséquent, également de la Convention sur les cours d'eau.

Lorsque les règles des deux Conventions portant sur la même matière ne coïncident pas parfaitement, celles énoncées dans la Convention sur l'eau sont généralement plus détaillées et strictes en ce qui concerne l'obligation de fond de prévenir les dommages. Même si ses dispositions sont formulées en termes souples imposant de faire preuve de toute la diligence voulue et équivalents aux termes des dispositions de la Convention sur les cours d'eau, elle fournit des orientations plus précises et plus coordonnées et des normes de conduite plus sophistiquées en matière de prévention des impacts transfrontières. Parallèlement, comme cela a été démontré, la Convention sur les cours d'eau offre davantage d'orientations pour ce qui est des conséquences juridiques de la survenance de dommages et des facteurs à prendre en considération pour évaluer le caractère équitable et raisonnable de l'utilisation d'un cours d'eau international. Sur ce dernier point, un accent particulier a été mis sur la priorité accordée, entre autres facteurs, aux « besoins humains essentiels » dans la dimension transfrontière du droit international de l'eau et sur le fait que cette dimension humaine avait été encouragée dans le cadre institutionnel de la Convention sur l'eau grâce à l'adoption et à l'entrée en vigueur du Protocole sur l'eau et la santé.

Une attention particulière a également été accordée au caractère obligatoire de la coopération institutionnelle entre riverains conformément à la Convention sur l'eau, alors que la Convention sur les cours d'eau contient uniquement une recommandation en ce sens; toutefois, cette dernière fournit une orientation normative plus précise en ce qui concerne les obligations de notification et de consultation. Cela s'est expliqué par le fait que si, en principe, la notification et les consultations prévues dans la Convention sur l'eau ne s'effectuent pas indépendamment des mécanismes des organes communs dont la création est obligatoire en vertu de cet instrument, les règles de procédure relatives à la notification au niveau bilatéral prévues par la Convention sur les cours d'eau peuvent être appliquées provisoirement dans les relations entre les États parties à la Convention sur l'eau avant la création des organes susmentionnés et dans les relations entre les États parties et les États non parties.

Il a été démontré que la différence entre les deux Conventions en ce qui concerne des règles spécifiques portant sur la même matière ne s'expliquait quasiment jamais par des instructions contradictoires, mais plutôt par un degré de rigueur et de précision plus ou moins élevé. Par conséquent, on ne saurait affirmer que la Convention postérieure déroge à la Convention antérieure conformément au principe de la *lex posterior derogat priori*. Il s'agit en effet d'une simple question d'interprétation qui, selon les termes de la Commission, permet une « intégration systémique », grâce à la compatibilité des deux Conventions établie dans la présente étude³⁸⁵.

D'un point de vue politique, il est naturel que le processus de formation du droit tende davantage vers le plus petit dénominateur commun sur le plan universel et non vers le contexte moins hétérogène de la Commission économique pour l'Europe.

³⁸² Voir *supra*, note 1, par. 251 2).

³⁸³ Ibid.

³⁸⁴ Ibid., par. 251 17).

³⁸⁵ Voir *supra*, note 380.

Sur le plan strictement juridique, à savoir du point de vue du droit conventionnel, il a été démontré que, en cas de doute quant à la compatibilité des dispositions des deux Conventions, la règle de la *lex posterior derogat priori*, rendant caduques les dispositions de la Convention sur l'eau au profit de la Convention sur les cours d'eau qui est postérieure, ne s'appliquerait pas. D'un point de vue général, ce principe est confirmé par la Convention de Vienne et, plus particulièrement, par le libellé explicite du paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention sur les cours d'eau.

Par conséquent, conformément, d'une part, au régime général applicable aux relations entre des traités portant sur la même matière et dont les États parties coïncident totalement ou partiellement et, d'autre part, aux règles des deux Conventions portant spécifiquement sur leurs relations avec d'autres accords, aucun motif juridique ne permet d'affirmer qu'il serait inapproprié que les parties à l'une des Conventions ratifient l'autre.

Enfin, l'analyse qui précède a montré que les deux instruments, dans leur relation complémentaire, contribuaient largement au processus actuel de formation du droit coutumier dans le domaine du droit international de l'eau. Lorsqu'il ne peut être établi que leurs dispositions justifient une certaine règle coutumière consolidée, leur fonction d'orientation officielle *de lege ferenda* peut néanmoins être utile pour créer un nouveau droit coutumier, en favorisant un respect spontané des normes qu'elles instaurent, même pas les États qui n'y sont pas parties. Ce raisonnement a été adopté par la Cour en ce qui concerne la Convention sur les cours d'eau³⁸⁶, et par les pays membres de la Commission économique pour l'Europe en ce qui concerne la Convention sur l'eau³⁸⁷.

Comme la plupart, sinon la totalité, des instruments fondés sur les travaux de la Commission, la Convention sur les cours d'eau est un instrument juridique solide. En effet, on peut affirmer que, de façon générale, il consolide le plus petit dénominateur commun du cadre réglementaire coutumier international applicable aux cours d'eau internationaux. Le renvoi à cette Convention par la Cour internationale de Justice quatre mois après son adoption et indépendamment de son entrée en vigueur le confirme. La nature essentiellement juridique de la Convention lui permet de fournir : a) un cadre général d'orientation que les États qui respectent le droit peuvent utiliser de manière individuelle ou lors de la négociation d'accords liés à l'eau; b) une base solide pour les revendications diplomatiques bilatérales; c) si les États parties au différend l'acceptent, un fondement pour saisir la Cour ou un tribunal arbitral international dans une situation semblable à celle de l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros* ou de l'affaire des *Usines de pâte à papier*.

D'autre part, la principale caractéristique et valeur ajoutée de la Convention sur l'eau est qu'elle offre un cadre normatif solide mais souple axé sur la coopération institutionnelle et l'assistance technique, scientifique, juridique et administrative dans le cadre de la Réunion des Parties, ses organes subsidiaires permanents (y compris le Groupe de travail de la gestion intégrée des ressources en eau) et les organes communs. Les conflits d'intérêts et les différends sont mieux gérés grâce à la prévention et à la gestion des différends dans ce cadre institutionnel, notamment par l'intermédiaire du Comité d'application créé récemment.

La possibilité d'établir un cadre institutionnel à l'appui de la Convention sur les cours d'eau, semblable aux organes subsidiaires prévus par la Convention sur l'eau, est évoquée dans certaines instances. La question, qui est influencée par des considérations politiques qui dépassent la portée de la présente étude, mérite d'être examinée soigneusement, sans oublier de promouvoir et de maximiser le potentiel normatif des deux instruments.

Lors des travaux préparatoires, la Convention sur les cours d'eau n'a pas été conçue par la Commission et les délégations prenant part aux négociations et, par conséquent, pas ses signataires, comme un accord multilatéral sur l'environnement se caractérisant par des règles et des normes écologiques et scientifiques à la fois précises, souples et évolutives, des critères relatifs à la qualité de l'eau et des meilleures pratiques. Au contraire, elle a été soigneusement élaborée dans l'unique but de codifier les normes minimales du droit international de l'eau. Le débat passionné qui s'est déroulé à New York au sujet de l'article 33 (« Règlement des différends ») et la forte opposition d'un certain nombre de délégations à la procédure d'enquête

³⁸⁶ Voir le renvoi à l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, *supra*, note 26.

³⁸⁷ Voir le texte assorti à la note 380.

obligatoire qu'il prévoit³⁸⁸, ainsi que la formulation « souple » du paragraphe 2 de l'article 8 et de l'article 24 relatif à la coopération par l'intermédiaire d'organes mixtes, indiquent clairement les risques associés à des efforts supplémentaires visant à compléter la Convention par une certaine forme de cadre institutionnel. De nombreuses ratifications potentielles de la Convention, et les progrès accomplis vers la reconnaissance universelle du plus petit dénominateur commun du droit international de l'eau, seraient tributaires de la promotion d'une coopération institutionnelle renforcée qui ferait intervenir des tiers par l'intermédiaire d'organes ou d'instances, comme la Réunion des Parties, auxquels les coriverains seraient tenus de rendre des comptes. Il est difficile d'imaginer que les États qui étaient fermement opposés à une coopération institutionnelle obligatoire en application de l'article 8 et à une procédure d'enquête obligatoire en application de l'article 33, et qui pourraient par ailleurs devenir parties à la Convention sur les cours d'eau, adhéreraient à une convention qui leur impose d'accepter une assistance et un contrôle institutionnel pour interpréter et appliquer les règles fondamentales relatives à leurs relations transfrontières.

En fait, l'importante contribution de la Convention sur les cours d'eau à la promotion et la consolidation du droit international coutumier en la matière a longtemps été indépendante de son entrée en vigueur, vu notamment sa célèbre reconnaissance par la Cour dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, intervenue peu après son adoption. Maintenant qu'elle est entrée en vigueur, son influence sera de nouveau évaluée au regard du nombre de ratifications. Compte tenu du fond de ce texte soigneusement rédigé, on espère que sa ratification ne sera pas compromise par l'imposition aux États négociateurs d'exigences non envisagées au moment de son adoption. De telles considérations politiques sont logiques dans le cadre du droit conventionnel en ce sens que le texte d'une convention peut être modifié uniquement par les parties à la convention et conformément aux règles applicables. Au regard des considérations politiques abordées plus haut, il ne serait pas approprié d'envisager de telles modifications tant que le processus de ratification n'aura pas permis de rassembler un nombre suffisant de parties.

Le cadre général qui se dégage est une approche en deux étapes pour ce qui est de la participation des États au processus de formation du droit international de l'eau dans le cadre des deux Conventions. Premièrement, les États qui sont les moins disposés à examiner les avantages d'une assistance et d'une coopération institutionnelles peuvent devenir parties uniquement à la Convention sur les cours d'eau; dans un deuxième temps, et sans doute en fonction de l'évolution des circonstances particulières de leurs relations transfrontières, ils pourront accorder une plus grande confiance à la coopération et l'assistance institutionnelles qui les incitera à également devenir parties à la Convention sur l'eau. Un troisième scénario est peut-être déjà envisageable et pourrait devenir courant à l'avenir : le cas d'États parties à la Convention sur l'eau qui deviennent ultérieurement parties à la Convention sur les cours d'eau. D'une part, cela favoriserait le processus de formation du droit coutumier de l'eau sur le plan universel, grâce aux normes minimales consacrées dans la Convention sur les cours d'eau et, d'autre part, il pourrait s'agir d'un choix indiqué pour un État partie à la Convention sur l'eau dans ses relations avec un coriverain uniquement partie à la Convention sur les cours d'eau.

Dernière remarque concernant la préparation d'une coopération institutionnelle renforcée sur le plan universel : elle serait logique dans le cadre de l'analyse juridique qui précède si, au lieu ou avant d'envisager des modifications à la Convention sur les cours d'eau ou la création d'un nouveau cadre institutionnel mondial ou de nouvelles compétences pour les institutions mondiales, un juste milieu entre les dimensions régionales et mondiales était trouvé en tirant profit des années d'expérience et de la capacité opérationnelle acquises dans le cadre, d'une part, de la Convention sur l'eau et, d'autre part, des autres commissions régionales des Nations Unies. À cela pourrait s'ajouter le soutien d'autres institutions internationales chargées de questions liées aux eaux transfrontières. Sans porter atteinte au droit conventionnel, cette pratique a déjà commencé avec la participation active d'États non parties, y compris d'États qui n'appartiennent pas à la région de la Commission économique pour l'Europe, et de représentants des secrétariats d'autres commissions et agences régionales des Nations Unies à la Réunion des Parties à la Convention sur l'eau.

³⁸⁸ Pour le débat sur l'article 33, voir les comptes rendus des séances pertinentes de la sixième commission lors de la cinquante et unième session de l'Assemblée générale (1996, suite en 1997) : A/C.6/51/SR.21, par. 1 à 50; A/C.6/51/SR.23, par. 85 à 90; et A/C.6/51/SR.59, par. 1 à 35.

La Convention sur l'eau de la Commission économique pour l'Europe et la Convention cours d'eau des Nations Unies

Une analyse de leur contribution harmonisée au
droit international de l'eau

La Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention sur l'eau) a été adoptée en 1992 et est entrée en vigueur en 1996. Elle sert de mécanisme pour renforcer la coopération internationale et les mesures nationales en vue d'une gestion et d'une protection des eaux de surface et des eaux souterraines transfrontières fiables sur le plan écologique. De plus, la Convention sur l'eau offre un cadre intergouvernemental à l'évolution et aux progrès courants de la coopération transfrontière. La Convention est ouverte à tous les États Membres de l'ONU.

Information Service
United Nations Economic Commission for Europe

Palais des Nations
CH - 1211 Geneva 10, Switzerland
Telephone: +41(0)22 917 12 34
E-mail: unece_info@un.org
Website: <http://www.unece.org>