

Environmental Law in Developing Countries

Selected Issues Vol. II

Marianela Cedeño Bonilla, Edgar Fernández Fernández,
Sondes Jemaïel, Rose Mwebaza
and Dana Zhandayeva

Co-ordinated by Françoise Burhenne-Guilmin



IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 43 Vol. II



IUCN – The World Conservation Union

Founded in 1948, The World Conservation Union brings together States, government agencies and a diverse range of non-governmental organizations in a unique world partnership: over 1000 members in all, spread across some 140 countries.

As a Union, IUCN seeks to influence, encourage and assist societies throughout the world to conserve the integrity and diversity of nature and to ensure that any use of natural resources is equitable and ecologically sustainable.

The World Conservation Union builds on the strengths of its members, networks and partners to enhance their capacity and to support global alliances to safeguard natural resources at local, regional and global levels.

IUCN Environmental Law Programme

IUCN Environmental Law Centre
 Godesberger Allee 108-112
 53175 Bonn, Germany
 Tel: +49 228 2692231
 Fax: +49 228 2692250
 E-mail: elcsecretariat@iucn.org
www.iucn.org/themes/law

IUCN Publications Services Unit

219c Huntingdon Road
 Cambridge CB3 0DL
 United Kingdom
 Tel: +44 1223 277894
 Fax: +44 1223 277175
 E-mail: info@books.iucn.org
www.iucn.org/bookstore

InWEnt – Capacity Building International, Germany

InWEnt – Capacity Building International, Germany – is involved in organisational development and institutional improvements. Its commissioning bodies are the German government, the German federal states and private-sector organisations.

InWEnt enables people to initiate and shape sustainable development in their nations, economies and civil societies – by providing high-level policy dialogue events, practice-oriented advanced training as well as intercultural learning experiences.

Besides the German government and federal states, key clients include the European Union, the World Bank, the International Monetary Fund, the World Trade Organisation and the United Nations, as well as private foundations and companies.

InWEnt gGmbH

Internationale Weiterbildung und
 Entwicklung
 Capacity Building International
 Tulpenfeld 5
 53113 Bonn, Germany
 Tel: +49 228 24 34 - 5
 Fax: +49 228 24 34 - 766
 E-mail: info@inwent.org
www.inwent.org

Environmental Law in Developing Countries

Selected Issues Vol. II

Environmental Law in Developing Countries

Selected Issues Vol. II

**Marianela Cedeño Bonilla, Edgar Fernández Fernández,
Sondes Jemaiel, Rose Mwebaza
and Dana Zhandayeva**

Co-ordinated by Françoise Burhenne-Guilmin

IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 43 Vol. II

**IUCN - The World Conservation Union
2004**

The designation of geographical entities in this book, and the presentation of the material, do not imply the expression of any opinion whatsoever on the part of IUCN concerning the legal status of any country, territory, or area, or of its authorities, or concerning the delimitation of its frontiers and boundaries.

The views expressed in this publication do not necessarily reflect those of IUCN.

Published by: IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK in collaboration with
IUCN Environmental Law Centre, Bonn, Germany



Copyright: © 2004 International Union for Conservation of Nature and Natural Resources

Reproduction of this publication for educational or other non-commercial purposes is authorised without prior permission from the copyright holder provided the source is fully acknowledged.

Reproduction of this publication for resale or other commercial purposes is prohibited without prior written permission of the copyright holder.

Citation: Marianela Cedeño Bonilla, Edgar Fernández Fernández, Sondes Jemaiel, Rose Mwebaza, and Dana Zhandayeva (2004). *Environmental Law in Developing Countries: Selected Issues Vol. II*. IUCN, Gland, Switzerland and Cambridge, UK, InWEnt, Berlin, Germany. xiv + 150 pp.

ISBN: 2-8317-0818-4

Cover design by: IUCN Environmental Law Centre

Cover photo by: IUCN Environmental Law Centre

Layout by: Barbara Weiner

Produced by: IUCN Environmental Law Centre

Printed by: medienHaus Plump GmbH, Rheinbreitbach, Germany

Available from: IUCN Publications Services Unit
219c Huntingdon Road, Cambridge CB3 0DL, UK
www.iucn.org/bookstore
or
IUCN Environmental Law Centre
Godesberger Allee 108-112, D-53175 Bonn, Germany
www.iucn.org/themes/law

A catalogue of IUCN publications is also available

The text of this book is printed on paper made from low chlorine pulp.

Table of Contents

Foreword	ix
Biographies	xi
Acknowledgments	xiii

Improving Environmental Procedural Rights in Uganda

Rose Mwebaza

I.	Introduction	3
II.	The Concept of Environmental Procedural Rights	5
	1. The Right to Access to Information	6
	2. The Right to Public Participation	7
	3. The Right to Access to Justice	8
III.	The Global Context within which Procedural Rights Have Emerged	9
	1. The International Level	9
	1.1. The Stockholm Declaration on the Human Environment	9
	1.2. The World Charter for Nature	10
	1.3. The Rio Declaration	10
	1.4. Agenda 21	11
	2. The Regional Level	12
	2.1. The Aarhus Convention	12
	2.2. The Inter-American Strategy for the Promotion of Public Participation in Decision Making for Sustainable Development	14
	2.3. The Memorandum of Understanding between the Republic of Kenya, the United Republic of Tanzania and the Republic of Uganda for Co-operation on Environmental Management	16
IV.	Implementing Environmental Procedural Rights: A Case Study of the European Union Legal and Policy Framework	19
	1. EU Legal and Policy Initiatives on the Right to Access to Information	20
	2. EU Legal and Policy Initiatives on the Right to Public Participation	24
	3. EU Legal and Policy Initiatives on the Right to Access to Justice	27
V.	Access to Environmental Information, Public Participation and Access to Environmental Justice in Uganda	29
	1. The 1995 National Environment Management Policy	29
	2. The National Environment Statute	31
	3. Improving Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Uganda	34
VI.	Conclusions	39

Protection de l'environnement naturel et propriété privée

Edgar Fernández Fernández

I.	Introduction	43
II.	Instruments relevant d'une logique de droit imposé	45

1.	Acquisition publique	45
1.1	Caractère obligatoire ou facultatif	46
1.1.1	Acquisition facultative	46
1.1.2	Acquisition obligatoire	46
1.2	Instruments classiques	47
1.2.1	L'expropriation	47
1.2.2	Le droit de préemption	48
2.	Restrictions apportées à l'usage des biens	49
2.1	Types de restrictions	49
2.1.1	Restrictions en vue de la protection de certain types d'habitats ou d'écosystèmes	49
2.1.2	Restrictions applicables dans des périmètres déterminés	52
2.1.3	Restrictions ne portant pas sur des espaces mais sur des activités	56
2.2	Le problème de l'indemnisation	57
2.2.1	Prévision d'une indemnisation par la loi créant la restriction	57
2.2.2	Le silence de la loi créant la restriction	59
III.	Instruments relevant d'une logique de droit négocié	61
1.	Instruments d'adhésion de caractère non-contractuel	62
1.1	Adhésion sous la forme d'une demande adressée par le propriétaire	62
1.2	Adhésion sous la forme d'une acceptation postérieure	63
2.	Instruments de nature contractuelle	63
2.1	Instruments pouvant établir des obligations à perpétuité	64
2.1.1	Les " <i>conservation easements</i> " et les " <i>conservation covenants</i> " en pays de tradition de droit anglo-saxon	64
2.1.2	Les " <i>servitudes écologiques</i> " en pays de tradition de droit romain	68
2.2	Instruments pouvant établir uniquement des obligations temporaires	74
2.2.1	Instruments relevant du droit privé	74
2.2.2	Instruments relevant du droit public	75
IV.	Conclusion	77
	Bibliographie	79

Le Mécanisme pour un développement propre

Sondes Jemaiel

I.	Introduction	85
II.	Remarques préliminaires	85
1.	Du GIEC à la CCNUCC	86
2.	Le Protocole de Kyoto	87
III.	Présentation du MDP	88
1.	Historique	88
2.	Institutions	89
3.	Les critères de participation	90
4.	Les critères d'éligibilité d'un projet MDP	90
5.	Les secteurs dans lesquels des projets MDP peuvent être mis en oeuvre	91
6.	Le cycle du projet MDP	91
6.1	Formulation du projet	91
6.2	Approbation nationale	91
6.3	Validation et enregistrement	92

6.4	Surveillance	92
6.5	Vérification et certification	92
IV.	Le MDP, moyen de réalisation du développement durable dans les pays en développement?	92
1.	Le développement durable en tant que finalité	92
1.1	Crainces relatives au mécanisme lui-même	93
1.1.1	Les projets de boisement et de reboisement	93
1.1.2	La capacité du mécanisme de concurrencer les autres mécanismes de Kyoto	94
1.1.3	L’approbation des projets	95
1.1.4	Le MDP et les autres moyens de coopération	95
1.2	Crainces relatives à la répartition des projets MDP	97
2.	Les conditions devant être remplies par le pays hôte	100
2.1	L’autorité nationale	100
2.1.1	Fonctions de l’autorité nationale	100
2.1.2	Structure de l’autorité nationale	101
2.2	La mise en place d’un cadre adéquat	103
2.2.1	Cadre relatif aux investissements	103
2.2.2	Cadre relatif au développement durable	104
V.	Conclusion	105
	Liste des abréviations	106

Hacia un acuerdo sobre evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo en centroamérica

Marianela Cedeño Bonilla

I.	Introducción	109
II.	Justificación	110
III.	EIA en un contexto transfronterizo: el estado del arte	110
1.	Situación en el ámbito internacional	110
2.	EIA transfronteriza, la experiencia europea	111
IV.	Elementos clave del régimen de EIA en un contexto transfronterizo en Centroamérica	113
1.	Evaluación ambiental inicial / listado taxativo	113
2.	Notificación	114
3.	Participación pública	116
4.	Instrumentos de control y seguimiento	117
5.	Sistemas de información ambiental	117
6.	Solución de controversias	118
7.	Evaluación ambiental estratégica	118
8.	Acuerdos bilaterales y multilaterales	119
9.	Proyectos conjuntos	119
V.	Convenio o acuerdo / ¿nuevo instrumento o adhesión a uno existente?	120
1.	Aspectos ambientales, culturales, económicos y políticos	121
2.	Políticas ambientales en la región	122
3.	Voluntad política, asistencia técnica y cooperación internacional	122
VI.	Consideraciones finales	123
	Bibliografía	125
	Lista de acrónimos	128

Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea: Perspectives of the Environmental Protection

Dana Zhandayeva

I.	Introduction	131
II.	Environmental Protection Regime under the Framework Convention	132
	1. The Scope of the Framework Convention and the Basin Management Approach	133
	2. Obligation to Prevent, Reduce and Control Pollution of the Caspian Sea	136
	3. Obligation to Protect, Preserve and Restore the Environment of the Caspian Sea	138
	4. Obligation not to Cause Harm to the Marine Environment of the Caspian Sea	141
	5. Obligation to Cooperate	142
	6. Other Procedural Obligations	143
III.	Dispute Settlement and Compliance Mechanism	144
IV.	Conclusion	147

Foreword

InWEnt and IUCN Environmental Law Centre (IUCN-ELC) are pleased to publish the second volume of ‘Environmental Law in Developing Countries – Selected Issues’.

The first volume was produced at the beginning of a five-year ‘Fellowship Programme at the IUCN-ELC’ sponsored by the Carl Duisberg Gesellschaft, which became InWEnt during the course of this programme.

The InWEnt Fellowship Programme at the IUCN-ELC was a great success: from 2000 to 2004, nineteen Fellows, in groups of four or five, spent four months in Germany, one at an InWEnt Centre to learn about Germany, and three at the ELC, where they conducted research on an environmental law topic of their choice. The Fellows totalled 9 men and 10 women, 7 from Asia, 6 from Africa, and 6 from Latin America. All young professionals, they came from various backgrounds: government service, non-governmental organizations, and universities.

They all gave the Programme a high rating, as it permitted them first to get to know and spend several months in Germany, a country new to many of them, and second to carry out research in a topic which they had chosen with a view to serving their professional development and the needs of their home country.

It was not possible to publish the research results of all the Fellows. Thus a selection was made, with contributions from the 2002, 2003 and 2004 groups. We feel that this sample of the programme results illustrates the variety of interests, languages, and cultures represented in the programme, as well as the enthusiasm and professional qualities of the participants.

The papers published here are the sole responsibility of their authors. However, each author, in developing his or her paper, benefited from interaction with the staff of the IUCN ELC, and guidance from the programme coordinator. All authors have acknowledged the usefulness of this process in enriching and broadening their perspective.

InWEnt and IUCN ELC are pleased to make these papers widely available, as contributions to the debates they each raise and as a welcome source of information on developing countries’ concerns on current environmental law issues.

Demetrio Polo-Cheva
Senior Project Manager
Environment, Energy and Water
InWEnt

Françoise Burhenne-Guilmin
Programme Coordinator
Senior Counsel, IUCN-ELC

Biographies

Rose Mwebaza (Uganda)

A lecturer, consultant and author of academic articles, Ms. Mwebaza gained her LLM (with a certificate of outstanding academic performance) from the University of Florida in 1997 and LLB from Makerere University, Kampala in 1994, both on full government scholarships (U.S. and Uganda respectively). She has served as a consultant on such projects as abridging the Land Act 1998 for the Ministry of Water, Lands and Environment in Uganda; “Land Reform and Management Under the Plan for Modernisation of Agriculture”, “Gender and Poverty: Learning from the Poor” for the Ministry of Finance, Planning and Economic Development; projects for the Uganda Law Reform Commission and for the Department for International Development (United Kingdom) together with the Ugandan Ministry of Environment. She was coordinator of the Uganda Land Alliance, a consortium of local and international NGOs, from 1997 to 2000, then Research Fellow for the Advocates Coalition for Development, and was a lecturer at the Faculty of Law, Makerere University, from 1997 to 2003. She is currently pursuing a PhD at Macquarie University in Sydney, Australia.

Edgar Fernández Fernández (Costa Rica)

Mr. Fernandez graduated from the University of Costa Rica in 1994 as an Attorney at Law and Notary Public. Following three years’ experience in the law firm of Fernández y Asociados, and as an external consultant and collaborator at the Justice for Nature Association in San José, specializing in environmental litigation, he received his LLM in General Public Law and Environmental Law at the University of Nantes in 1998. He returned to San José to lecture at the law faculty of the University of Costa Rica at the end of 1998, and participated in 1999 in the master’s degree course “Agrarian and Environmental Management” at the Universidad para la Cooperación Internacional. He recently qualified as PhD with his doctoral thesis on the subject of “Private Property Rights and Environmental Protection in Costa Rica” at the University of Nantes.

Sondes Jemaiel (Tunisia)

After graduating in law at the Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, Tunis, in 2001 and gaining a post-graduate diploma in environmental law, Ms. Jemaiel is preparing a paper on the Clean Development Mechanism of the United Nations Framework Convention on Climate Change for her master’s degree, and is also training at the National Agency of Renewable Energies, Ministry of Environment, Tunis. She is a member of the Tunisian Association of Democratic Women, an NGO, and is fluent in Arabic, French and English.

Marianela Cedeño Bonilla (Costa Rica)

Ms. Cedeño acquired her law degree from La Salle University, San José in 2000, followed by postgraduate courses in International Politics and Economics, and a master’s course in International Relations and Diplomacy with emphasis on Environment. Following work experiences in the Costa Rican General Office of the Judge Advocate General assisting the Judge Advocate General on the environment, and as an assistant to an environmental lawyer, she became involved in the development of environmental impact assessment in Costa Rica, attending various seminars

and courses on the subject around Central America. She joined the project “Strengthening the Environmental Impact Assessments in Guatemala, Nicaragua and Costa Rica” (IUCN-CCAD-Netherlands Ministry of Foreign Affairs) as a Project Assistant in 2001, and is currently the CCAD Consultant for this project.

Dana Zhandayeva (Kazakhstan)

Ms. Zhandayeva gained her law degree from Adilet Higher School of Law, Almaty, Kazakhstan (2000) and her LLM in International Law and the Law of International Organizations (with specific interest in International Environmental Law) from the University of Groningen, The Netherlands (2003). Previously an English teacher at a private college in Almaty, and an interpreter and translator for various international industrial concerns in Kazakhstan from 1994 to 1998, her interest in the field of environmental law developed while working as Program Coordinator for the Central and East European Law Initiative of the American Bar Association in Almaty, 1996-1999. During this period she helped law students to establish a Young Lawyers’ Association, also participating in the creation of an NGO, the Kazakhstani Union of Judges. She joined the International Center for Not-for-Profit Law (ICNL) in Almaty as a Program Assistant in 1998, and was Deputy Regional Director of ICNL from 2001 to 2002.

Acknowledgments

The authors express gratitude to InWEnt, for having made this fellowship programme possible. Thanks to InWEnt, each of them was able to spend four months in Germany, an experience which they much enjoyed, and which greatly enriched their vision of a country which they had not visited previously. They also thank the IUCN Environmental Law Centre, for having given them the opportunity to select and study, during the three months spent at the ELC, an environmental law subject of special interest to them. They are grateful for the assistance they received at the ELC, in particular from Françoise Burhenne-Guilmin and Alejandro Iza, whose guidance enabled them to make the most of the short period of time they spent with the ELC.

Improving Environmental Procedural Rights in Uganda

Rose Mwebaza

June 2002

I. Introduction

It is now an indisputable fact in modern environmental discourse that the promotion of environmental protection and sustainable development is fundamentally enhanced through the adoption of strategies and practices that secure a citizen's rights to access information, public participation and access to justice.

The link between participation and effective protection of the environment has long been recognised. Indeed, the first major United Nations Conference on the Human Environment recognised that “*Man has a fundamental right to freedom, equality, and adequate standards of life, in an environment of quality that permits a life of dignity and well being and he bears the solemn responsibility to protect and improve the environment for the present and future generations ...*”¹ The recognition that the right to an adequate standard of life in an environment of quality that permits a life of dignity is the responsibility of man laid the foundation for collective action and therefore participation in environmental protection and management.

Twenty years later in 1992, the United Nations in its Conference on Environment and Development held in Rio de Janeiro reaffirmed² the Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, adopted at Stockholm on 16th June, 1972. It asserted that it did seek to build on the Stockholm declaration with the goal of establishing a new and equitable global partnership through the creation of new levels of co-operation among states, key sectors of societies and the people.³

The period between and after these two major UN Conferences has seen a growing recognition and elevation of environmental procedural rights. The best example of the elevation of access to information, public participation and access to justice is the Aarhus Convention⁴ which grants the public rights and imposes on party states and public authorities obligations regarding access to information and public participation. It backs up these rights with access to justice provisions that go some way into providing the community with an opportunity to enforce the right to access to information and public participation.⁵

It is important to note that up until the advent of the Aarhus Convention, access to environmental information, public participation and access to justice were not always recognised as rights. Indeed, earlier environmental treaties did not generally contain formal obligations for public participation.⁶ In latter years, especially after the Stockholm and Rio Declarations, most international environmental instruments imposed positive obligations on states to take measures

¹ Principle 1 of the Stockholm Declaration adopted by the United Nations Conference on the Human Environment, on the 16th June, 1972 in Stockholm, Sweden.

² See Preamble to the Rio Declaration on Environment and Development, June 1992, Rio de Janeiro, Brazil.

³ Preamble to the Rio Declaration *op.cit.*

⁴ UN/ECE Convention on Access to Information, public Participation and Access to Justice in Environmental Matters, adopted at Aarhus, Denmark on the 25th June 1998, entered into force 30 Oct. 2001. The Convention is commonly referred to as the Aarhus Convention.

⁵ See Articles 4 to 9 of the Aarhus Convention.

⁶ *The Harvard Environmental Law Review* Vol. 21 1997, No. 2 p. 537.

to improve public education and awareness on environmental matters.⁷ These commitments were characterised by positive obligations they placed upon states to act in a particular manner, rather than by creating rights or entitlements for legal and natural persons.⁸ However, the adoption⁹ of the Aarhus Convention with an option for non-ECE countries to accede to the Convention means that an irreversible trend with global implications has been set for securing environmental procedural rights. Indeed, the Secretary-General of the United Nations, Mr. Kofi A. Annan, has noted:

*“Although regional in scope, the significance of the Aarhus Convention is global. It is by far the most impressive elaboration of principle 10 of the Rio Declaration, which stresses the need for citizen participation in environmental issues and for access to information on the environment ... Furthermore, the convention will be open to accession by non ECE countries giving it the potential to serve as a global framework strengthening citizens’ environmental rights”.*¹⁰

Today, environmental procedural rights continue to be at the centre stage of the discourse on sustainable development.

However, environmental procedural rights are not only important because states have made international commitments for their implementation. As the text of Principle 10 of the Rio Declaration and other international instruments show, the application of environmental procedural rights is national. Accordingly, it is in the interest of states even independent of international commitments to enact laws that implement environmental procedural rights in order to achieve sustainable development.

Therefore, this article analyses the extent to which Uganda has progressed in promoting and securing Environmental Procedural Rights for its citizens. It will assess the environmental procedural regime in the country and propose recommendations for its improvement. As is appropriately noted in the guide to the Aarhus Convention,¹¹ environmental procedural rights cover matters enmeshed in varying social and legal systems and traditions, which makes their implementation a huge challenge. The fact that different countries have different political systems and are at different levels in terms of their capacity to implement environmental procedural rights means that the successful implementation of environmental procedural rights in any country will depend to a great extent on not only public pressure from advocacy organisations and the political will of that country but also on the availability of resources, both human and financial.

Nevertheless, it is the contention of this paper that regardless of the challenges faced by different countries at any one particular time, it is important for states to recognise and implement

⁷ See e.g. the 1987 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer, which calls upon Parties to co-operate in promoting public awareness of the environmental effects of emissions of controlled substances and other substances that deplete the ozone layer; 1992 Climate Change Convention Article 4(I)(I); Biodiversity Convention Article 13.

⁸ *Sustainable Development and Good Governance*, p. 185.

⁹ The 55 member states of the UN/ECE include the nations of the west, central and eastern Europe, the newly Independent States of the former Soviet Union, Israel, Canada, and the United States

¹⁰ Foreword to the Aarhus Convention.

¹¹ Introduction to the Aarhus Convention, in: Stec, S., Casey-Lefkowitz, S. and Jendroska, J. *The Aarhus Convention: An Implementation Guide* UNECE/CEP/72 (UN New York and Geneva, 2000).

environmental procedural rights in order to achieve sustainable development. The focus on Uganda and case studies from other countries in this paper shows the extent to which the recognition and implementation of environmental procedural rights plays a vital role in achieving environmental protection and sustainable development.

The paper consists of four parts. Part one examines the concept of Environmental Procedural Rights. Part two investigates the global context within which these rights have emerged and how they have been provided for in international and regional instruments. This is followed by select case studies to elucidate how environmental procedural rights have been implemented especially in the European Union, which by far has the most advanced system on access to information, public participation and access to justice. The above framework lays the foundation for an analysis of the policy and legal framework for environmental protection in Uganda and the extent to which procedural rights have been promoted and implemented. The final section of the study consists of recommendations for improving Uganda's environmental procedural rights regime.

II. The Concept of Environmental Procedural Rights

Environmental procedural rights, as referred to in this paper, basically refer to the three rights of access to information, public participation and access to justice. These three rights provide for practical and realistic ways to promote environmental protection and to achieve sustainable development. In so doing, procedural rights establish the linkage between practical, easily understandable rights, such as those relating to information and decision making, and the harder to grasp complex rights included in the right to a healthy environment.¹² Accordingly, procedural rights strengthen the linkage between the development of one set of human rights, in particular those relating to the basic conditions of life, including the environment, and another set of human rights, those relating to human self fulfilment and expression.

Environmental procedural rights rest on the view that environmental protection and sustainable development cannot be left to governments alone but require and benefit from civic participation in public affairs already reflected in existing civil and political rights.¹³

It is important to note that, as observed by Birnie and Boyle,¹⁴ the argument for environmental procedural rights should not be confused with eco-anarchist theories, nor with policies of radical political decentralisation. Rather, it is based on the belief that governments which operate with

¹² *The Aarhus Convention: An Implementation Guide*, supra note 11, p. 29.

¹³ Birnie and Boyle: *International Law and the Environment* 2nd Edition 2002, p. 261. Indeed, the concept of environmental procedural rights has been said by some scholars to have its origins on much the same basis as the theoretical basis for international human rights in the period after the Second World War. In that period, the United Nations in particular embraced the concept of human rights. The United Nations Organisation Charter committed all member states to universal respect for and the observance of human rights and fundamental freedoms to fulfil in good faith the obligations assumed by them in accordance with the Charter and to take joint and separate action in co-operation with the UN for the achievement of universal respect and observance of human rights. On the 10th December 1948, the United Nations General Assembly endorsed the Universal Declaration of Human Rights, declaring that every one is entitled to all the rights set forth in this declaration, without distinction of any kind, such as ... national origin ... and no distinction shall be made on the basis of the country or territory to which a person belongs. (For a detailed discussion on this, see *Environmental and Planning Law Journal* Vol. 13., August 1996).

¹⁴ *Id.*, p. 261.

openness, accountability, and civic participation are more likely to promote environmental justice, to balance the needs of present and future generations in the protection of the environment, to integrate environment considerations in governmental decisions, and to implement and enforce existing environmental standards than are closed, totalitarian societies governed in a rigid centralised fashion.¹⁵

Therefore, environmental procedural rights are generally a rethinking of the process of implementing and enforcing environmental governance norms.

1. The Right to Access to Information

“Information is power and a people who mean to be their own governors must arm themselves with the power that knowledge gives”

James Madison

The right to access to information is considered first in time among the procedural rights because effective public participation in decision making depends on full, accurate, up to date information.¹⁶ Accordingly, access to information is considered to be at the heart of sound environmental protection and sustainable development. It enables citizens to obtain information about the state of the environment and human health; factors affecting or potentially affecting the environment such as pollution and proposed projects that could impact on the environment; laws, policies and international agreements potentially affecting the environment; and threats to the environment and how to respond to them.¹⁷ Access to information, therefore, enables citizens to participate meaningfully in decisions that directly affect their livelihood, thus promoting accountability and transparency in environmental decision making.

However, the right to access to information does not mean that a citizen may obtain unlimited access to all information. The government is generally permitted to withhold carefully circumscribed types of information in order to protect individual privacy, recognised trade secrets and particularly sensitive national security information.¹⁸

The right of access to information is directed at two situations. The first deals with the public's right to seek information from public authorities and the obligation of the public authorities to provide that information. The second covers the right of the public to receive information and the mandate on the public authority to collect and disseminate that information without any specific request. The former right of access to information is often referred to as passive while the latter active.¹⁹

¹⁵ Birnie and Boyle note that empirically this is difficult to demonstrate save by reference to countries with a disastrous environmental record such as the former Soviet Union where the environmental costs of totalitarianism appear to have been a significant factor in the countries' democratic revolution. However, they further note that the same point can equally be made of non totalitarian states, in so far as affected groups such as indigenous peoples are excluded from participation in decision making.

¹⁶ *The Aarhus Convention: An Implementation Guide: supra* note 11.

¹⁷ Bruch, C. E., *Regional Opportunities for Improving Environmental Governance through Access to Information, Public Participation and Access to Justice*. April 2000.

¹⁸ Popovic, N., “The Right to Participate in Decisions that Affect the Environment” *Pace Environmental Law Review* Vol. 10, pp. 683, 695 (1993).

¹⁹ *The Aarhus Convention, An implementation guide: supra* note 11.

It is important to note that access to information is not an end in itself. In order for environmental information to be meaningful, it must be accurate, affordable, accessible, timely, comprehensive and available across state boundaries. In addition, the information must be user-friendly and the mechanisms set in place to access that information must not impose financial or administrative obstacles that would frustrate the public's ability to obtain environmental information.²⁰

2. The Right to Public Participation

“Democratic strength is not merely a function of electoral process. A true Democracy must additionally feature transparent and participatory decision making and a government that is in constant dialog with its citizens to shape and direct its fundamental policies. It is pluralistic decision making that is at the heart of democracy, and there must exist a public space within which citizens learn from and debate each other, and where the government is informed about the public will”.

*Ramon Daubon*²¹

The right to public participation has gained importance in recent years. This importance is grounded in recognition of the fact that better decision making will flow from involving the public in development processes. It has now been generally agreed that environmental problems cannot be solved and sustainable development achieved by solely relying on some technocratic bureaucratic monopoly of decision making.²² An institutional arena of public discourse and civic participation is essential to arrive at the desired outcome of environmental protection and sustainable development.²³

Public participation in decision-making is important because it allows the public to express their views on key government policies and laws concerning the environmental conditions in their communities. This in turn enables government to adopt policies and enact laws that are relevant to communities and take into account their needs. Participation enables the participating communities to hold public authorities accountable for implementation, thus improving the efficiency and credibility of government processes.

Public participation should be understood to include the full range of options that engage and integrate the public into the process of making or implementing a policy choice. Participation includes processes by which citizens can engage in public deliberation effectively and with technical competence. This can be enabled through education and training as well as through access to information. Representative institutions are also important in ensuring participation. This means that states should be able to provide representation for the public at both the local and national level in order for them to influence policy dialogue and provide oversight to the policy formulation and

²⁰ Popovic: *supra* note 19.

²¹ Presentation to opening Plenary, Montevideo Conference on Public Participation in Sustainable Decision Making (August 1996).

²² Baden, J. and Stroup, R. (eds) have discussed the failings of such approaches in great detail in *The Environmental Costs of Bureaucratic Convenience*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1981.

²³ Aristotle, *The Politics*, T. A. Sinclair trans., Penguin, Harmondsworth, 1981 pp. 197-198. Contemporary writers have championed the importance of public participation. See generally, Benhabib, *Models of Public Space*; Arendt, H., *The Liberal Tradition*; and Habermas, J., in C. Caloun (ed), *Habermas and the Public Sphere*, MIT Press, Cambridge, 1992, pp. 73-98.

implementation process. Additionally, public participation should include mechanisms by which the public can communicate with government and with each other in order to effectively participate in developing and implementing sustainable development policies. This can include public hearings, notice and consultation rule making, access to information, citizen advisory boards, citizen ombudsmen, judicial review mechanisms and the right to organise and operate NGOs in a responsible and accountable manner.²⁴

3. The Right to Access to Justice

*“The quality of mercy is not strain’d ... It blesseth him that gives
and him that takes”*

*William Shakespeare, “The Merchant of Venice”,
Act IV Scene I*

The right to access to justice and environmental protection have been separate fields for the majority of their existence. However, in the past decade, the interconnection between the right to access to justice and environmental protection has been increasingly recognised.²⁵

Access to justice as a procedural right is concerned with that area of the law that deals with the enjoyment of legal claims. It sets out the form of action a claimant may invoke in order to enforce his or her legal rights. Procedures define the regime of rights and duties of value to those that invoke them. They provide for the right for a particular procedure and the obligations to facilitate it.²⁶

At an elementary level, public participation will have little meaning if citizens lack the right to seek legal redress through effective access to justice. Access to justice serves as a mechanism for civil society to challenge government actors who fail to follow the rules that govern how the public should be consulted, thus enforcing access to information and public participation. Access to justice is also in some cases a way for citizens to challenge other private parties or businesses that have failed to comply with the laws, such as public health and environmental laws, that assure that development will be sustainable.²⁷ Therefore, access to justice enables citizens to assist government in the enforcement of laws and in ensuring respect for environmental rights.²⁸

Access to justice also includes advocacy and association rights, for example, freedom of assembly which protects the right of the people to come together to advocate their interests through public interest and community based organisations.²⁹

²⁴ Dannemaier, E., “Democracy in Development: Toward a Legal Framework for the Americas”, in *Tulane Environmental Law Journal* Vol. 11, Winter 1997, Issue 1 at pp. 13 and 14.

²⁵ Hunt, T. and Lunde, K., “Access to Justice and Environmental Protection: International and Domestic Perspectives”, *The Journal of Environment and Development* Vol. 7 No. 4 Dec. 1998.

²⁶ Ogendo, O., “Through the Interstices of Procedure: A paper presented at the East African Workshop on Environmental Procedural Rights”. 2001, Entebbe, Uganda.

²⁷ Dannenmaier, E.: *supra* note 24 at p. 31.

²⁸ Bruch, C. E., *Regional Opportunities for Improving Environmental Governance through Access to Information, Public Participation and Access to Justice*. April 2000.

²⁹ Babich, A., “Citizen Suits: The Teeth in Public Participation”, *25 ELR 101418 (March 1995) at 10429*.

III. The Global Context within which Procedural Rights Have Emerged

1. The International Level

The context within which procedural rights have emerged at the international level can be located in the commitments that governments have made over the years relating to access to information, public participation, and access to justice. By advocating democracy and governance, these commitments generally advanced and set the foundation on which the corollary environmental procedural rights are based.³⁰

1.1 The Stockholm Declaration on the Human Environment

The watershed event in international environmental law to which the development of environmental procedural rights can be traced is the Stockholm Conference on the Human Environment. This conference summed up the awakened conscience of humankind and marked the beginning of a truly environmentally-conscious era. As the Stockholm conference's final declaration made clear, its purpose was "*to inspire and guide the peoples of the world in the preservation and enhancement of the Human Environment*".³¹ The result was the Declaration of the United Nations Conference for the Human Environment.³² For the first time at the global level, heads of state and government agreed that the protection and preservation of the Environment is the responsibility of *everybody* (emphasis mine). The delegates at the conference proclaimed that "*to defend and improve the human environment for present and future generations has become an imperative goal for mankind...*".³³ Accordingly, it was agreed that "*in order to achieve this environmental goal, it will demand the acceptance of responsibility by all citizens and by enterprise and institutions at every level, all sharing equitably in common efforts*",³⁴ thus recognising for the first time the importance of public participation in environmental protection. Eric Dannenmaier has correctly noted³⁵ that the declaration could not speak openly of democracy and thus environmental procedural rights because of the diversity of political systems represented at Stockholm. That notwithstanding, the veiled references to citizen responsibility and involvement in common efforts in the Stockholm

³⁰ The first of these instruments in which procedural rights can be traced is the Universal Declaration on Human Rights. It has succinct provisions on access to information, public participation and access to justice. The International Covenant on Civil and Political Rights reaffirmed the commitments made by states under the Universal Declaration of Human Rights and provides for access to information, public participation and access to justice in equal measures. See Bruch, C. E. and Czebiniak, R., "Globalising Environmental Governance: Making the Leap from Regional Initiatives on Transparency, Participation and Accountability in Environmental Matters" in *The Environmental Law Reporter; News and Analysis* Vol. 32 No. 4, April 2002 at p. 10433.

³¹ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm, 1972), Part 1, para. 3.

³² The final Declaration consisted of 6 declarations and 26 principles which were organised around four major themes: (1) the right of all people to a healthy environment (2) intergenerational equity (3) assistance to developing countries and (4) protection from pollution.

³³ Report of the United Nations Conference on the Human Environment, para. 6.

³⁴ *Id.* para. 7.

³⁵ Dannenmaier, E.: *supra* note 24, p. 6.

declaration did set the foundation on which the emergence and development of environmental procedural rights have been built.

1.2 The World Charter for Nature

Almost ten years after the Stockholm declaration, the United Nations took another step towards the recognition and promotion of environmental procedural rights in the World Charter for Nature.³⁶ The Charter emphasised the universal responsibility of all peoples to safeguard resources for future generations and to protect and restore the natural world. The Charter provides for public disclosure of public information and requires that this disclosure be in time to permit effective consultation and participation.³⁷ There are also provisions within the Charter requiring that opportunity be provided for all persons to participate, individually or with others, in the formulation of decisions of direct concern to their environment and to give access for redress when the environment has suffered damage or degradation.³⁸

However, even though the Charter provided a breakthrough in terms of recognising the impact of unsustainable consumption and production and in asserting the importance of public disclosure of public information and public participation, it fell short of advocating for legally enforceable rights.

1.3 The Rio Declaration

At the 1992 United Nations Conference on Environment and Development held in Rio de Janeiro (Rio Summit), delegates from 109 nations affirmed that public participation is essential to sustainable development and to fulfilling the mutual commitments made in Rio. This acknowledgement and commitment is embodied in the provisions of Principle 10 of the Rio Declaration which states that “*environmental procedural rights are best handled with the participation of all concerned citizens, at the relevant level. At the National Level, each individual shall have appropriate access to information concerning the environment that is held by public authorities, including information on hazardous materials and activities in their communities, and an opportunity to participate in decision making processes. States shall facilitate and encourage public awareness and participation by making information widely available. Effective access to judicial and administrative proceedings, including redress and remedy shall be provided.*”

It is clear from the provisions of the Rio Declaration that procedural rights were not only recognised but a positive obligation was placed upon states to ensure the full and proper enjoyment of these rights. The delegates to the Rio Summit accepted the importance of concrete legal mandates, and emphasised the use of legal and regulatory means to ensure public participation.³⁹ Indeed, the Declaration not only provided for access to information, public participation and access to justice in general terms, it went into the detail of identifying specific categories of people to whom special attention should be given. It thus identifies categories of persons traditionally excluded from decision-making for whom integration into the decision-making process is deemed particularly important: women, youth and indigenous people.⁴⁰ Indeed, the Rio Declaration on

³⁶ Adopted by the U.N. General Assembly in New York on 29 October 1982.

³⁷ See Article 16.

³⁸ See Article 23.

³⁹ Dannenmaier, E.: *supra* note 24 p. 8.

⁴⁰ Dannenmaier, E.: *supra* note 24 p. 7. Principles 20, 21 and 22 of the Rio Declaration provide for the integration of women, youth and indigenous people respectively.

procedural rights in Principle 10 contains mandatory language for the promotion and recognition of access to information, public participation and access to justice.

1.4 Agenda 21

Nitin Desai⁴¹ has described Agenda 21 as one of the principal outcomes of the United Nations Conference on Environment and Development. It presents a series of integrated strategies and detailed programmes to promote environmentally sound and sustainable development in all countries. It sets forth an action plan by which the signatories to the Rio Declaration may implement the principles set forth in it. It crystallises the Rio Declaration provisions on procedural rights by requiring that action be taken by states for the realisation of access to information, participation and access to justice.

Agenda 21 calls on governments to promulgate or strengthen, subject to country specific conditions, any legislative measures necessary to enable the establishment of non-governmental organisations to protect the public interest through legal actions. Governments are urged to develop or improve mechanisms to facilitate the involvement of concerned individuals, groups and organisations in decision making at all levels, to establish judicial and administrative procedures for legal redress and remedy of actions affecting environment and development that may be unlawful or infringe on rights under the law, and to provide access to individuals, groups and organisations with a recognised legal interest. The Agenda also promotes mechanisms for appropriate involvement of individuals and groups in the development and enforcement of laws and regulations on environment and development and mechanisms to allow non governmental organisations to play their partnership role responsibly and effectively.⁴²

The Agenda⁴³ contains very strong reference to the importance of participation and the role that non-governmental organisations can play at all levels from policy formulation and decision making to implementation. Chapter 27 also provides in great detail for the mechanisms for implementation, including financing for the participation of non-governmental organisations.

The promotion of the right to access to information for decision making forms an important part of the Agenda.⁴⁴ It notes that in sustainable development, everyone is a user and provider of information. This includes data, appropriately packaged, experience and knowledge. The need for information arises at all levels from senior decision-makers at the national and international levels to the grass roots and individual levels. Therefore, the emphasis under Agenda 21 in this regard is placed on bridging the data gap and improving information availability in order to promote environmental protection and sustainable development.

It is important to note that Agenda 21 does not contain only general provisions on access to information. The specific action areas of the Agenda also contain detailed provisions relating to and strengthening the right to access to information. For example, Chapter 19 of the Agenda dealing with toxic chemicals⁴⁵ affirms the importance of information especially in assessing the risks

⁴¹ See Foreword to the guide on Agenda 21 by Nitin Desai, Under Secretary General for Policy and Co-ordination and Sustainable Development at the United Nations.

⁴² Dannenmaier, E.: *supra* note 24 p. 8.

⁴³ See Chapter 27 which deals with strengthening the role of non governmental organisations.

⁴⁴ Chapter 40 of the Agenda deals with the right to access to information for decision making.

⁴⁵ The Chapter deals with environmentally sound management of toxic chemicals, including prevention of illegal international traffic in toxic and dangerous products.

entailed by the use of a great number of chemicals.⁴⁶ Chapter 36 of Agenda 21 is dedicated to promoting education, public awareness and training. It places a firm and positive responsibility on all governments to develop their own priorities and schedules relating to education, public awareness and training. Chapter 37 deals with mechanisms for capacity building in developing countries especially in relation to the implementation of the Agenda which extensively deals with the rights of access to information, participation and access to justice.

An analysis of Agenda 21 together with the Rio Declaration reveals that they represent progress from Stockholm by openly endorsing a role for citizens in development decisions, and in promoting the integration of groups that do not traditionally have such a role. Governments took an important step forward at the Rio Summit when they affirmed the role of citizens in development decisions and provided an outline of the areas where the public should become engaged.⁴⁷

However, it is important to note that in spite of the progress made at Rio, Agenda 21 is no more than an international consensus document, which mostly relies on broad statements rather than concrete commitments.

2. The Regional Level

2.1 The Aarhus Convention

The Aarhus Convention⁴⁸ has in an unprecedented way provided for the realisation and implementation of environmental procedural rights. Indeed, the rights to access to information, public participation and access to justice form the three pillars of the Convention respectively. The Convention provides that the three pillars depend on each other for full implementation of the Convention objectives,⁴⁹ thus giving cognisance to the indivisibility and interdependence of these rights.

The Convention provides for the right of the public to seek out and have access to public information which public authorities are obliged to make available to the public⁵⁰ but also provides for the right of the public to receive⁵¹ this information by placing a positive responsibility on the states to disseminate information of public interest.⁵² The definition of environmental information in the Convention includes information in any material form, written, electronic, visual on the state

⁴⁶ One of the programme areas within this chapter is the harmonisation and classification and labelling of chemicals as well as information exchange and establishment of risk education programmes.

⁴⁷ Dannenmaier, E.: *supra* note 24 p. 9.

⁴⁸ UN/ECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision Making and Access to Justice in Environmental Matters, available at <http://www.unece.org/env/pp/documents/cep43e.pdf>.

⁴⁹ *Id.* See Article 3.

⁵⁰ *Id.* See Article 4.

⁵¹ The right of the public to receive information under Article 5 of the Convention places an obligation on the states to collect up to date information and disseminate it to the public. States are further required under this Article to inform the public about the nature and extent of information held by government and how the public may access it.

⁵² *Id.* Article 5. Such information may include information on an imminent threat to public health or the environment. Public authorities are required to disseminate information that can help the affected public prevent or mitigate their effects.

of the elements of the environment, institutional and natural factors affecting or likely to affect the elements of the environment, and the state of human health and safety, conditions of human life, cultural sites and built structures.⁵³ Although this definition has been criticised⁵⁴ as not being exhaustive, it does contain the widest definition of information that the public can have to access to anywhere at the regional level. Moreover, access to information within the Convention extends not only to information held by environmental authorities but also by any public authority that falls within the scope of the Convention.⁵⁵

An important element of the access to information provisions of the Convention is that any person may request information without demonstrating an interest in the information or stating the purpose for which it will be used.⁵⁶ The Convention requires that any information requested must be provided in no more than one month with a possible extension of up to two months.⁵⁷ Moreover, where the information required by any member of the public is not in the possession of any public authority, that authority is required to either forward the request for that information to the authority that does have it or inform the applicant where it believes that information may be obtained.⁵⁸

The Convention contains several other significant provisions relating to access to information. It requires states to promote public access to information by informing the public about the nature and extent of information held by the government and how the public may access it.⁵⁹ In addition, states are required to progressively provide information via electronic data bases that the public may access through the Internet and to prepare, publish and disseminate national state of the environment reports.⁶⁰

However, the right to access to information under the Convention is not absolute.⁶¹ Public authorities may withhold information if its release would harm certain interests, such as national defence, commercial confidentiality, intellectual property rights and personal privacy.⁶²

The right to public⁶³ participation in the Aarhus Convention is of three kinds. It covers participation where the public is interested in decision-making on a particular activity,⁶⁴ partici-

⁵³ See Aarhus Convention Article 2.3.

⁵⁴ See Bruch, C. E. and Czebeniak, R.: *supra* note 30.

⁵⁵ See Aarhus Convention Article 2(2) which defines Public Authority.

⁵⁶ *Id.* Article 4.1.

⁵⁷ *Id.* Article 4.2.

⁵⁸ *Id.* Article 4.5.

⁵⁹ *Id.* Article 5.3.

⁶⁰ *Id.* Article 5.4.

⁶¹ The Convention, however, requires in Article 4.4 that any exemptions be interpreted in a restrictive way, taking into account the public interest served by disclosure and taking into account whether the information requested relates to emissions into the environment.

⁶² *Id.* Article 4.4, 4.3.

⁶³ The Aarhus Convention describes the public as the public affected or likely to be affected by, or having an interest in, environmental decision-making. See Article 2.5. Public also includes one or more natural or legal persons and in accordance with national legislation or practice, their associations, organisations or groups. See Article 2.4.

⁶⁴ See Article 6: Such activities include participation in decision making on licensing and permitting certain kinds of proposed activities which are listed in Annex 1 to the Convention.

pation in the development of plans, programmes and policies relating to the environment⁶⁵ and participation of the public in preparation of laws, rules and legally binding norms.⁶⁶ The Aarhus Convention requires that for the areas in which public participation is required, public authorities must provide adequate, timely and effective notice to the public of the proposed activity, the nature of the possible decision (including opportunities for public comment) and other relevant information.⁶⁷ The public can submit oral or written proposals⁶⁸ and in order to ensure that public participation is meaningful, the Convention requires parties to ensure that in the decision on a request, due account is taken of the outcome of public participation. Accordingly, public authorities are required to issue their decision in writing including the reasons for their decision and to make the final decision publicly available.⁶⁹

Access to justice under the Aarhus Convention is deemed necessary to allow for the enforcement of the right of access to information and participation. Consequently, the convention requires states to provide public access to administrative or judicial procedures to challenge acts and omissions by private persons and public authorities, which contravene provisions of its national law relating to the environment.⁷⁰ This requirement in the Convention enables the public to enforce their rights in relation to participation and access to information especially where there is a positive responsibility on a public authority to perform under any of the rights.⁷¹ Accordingly, Article 9.1 provides that any person who believes that his or her request for information under Article 4 was not dealt with according to the prescribed requirements must have access to court or other independent legally empowered body to review the decision. Likewise, Article 9.2 provides for a right to seek review of the decisions made on projects or activities addressed by article 6, which generally deals with the right to participate in decisions on specific issues. The Convention requires that the judicial and administrative review procedures be fair, equitable, timely and not prohibitively expensive.⁷² Additionally, court decisions are required to be in writing and publicly accessible.⁷³

2.2 The Inter-American Strategy for the Promotion of Public Participation in Decision Making for Sustainable Development

Within the North American region, following the commitments that states made under the Rio Declaration and Agenda 21, the Organisation of American States (OAS) developed what is commonly referred to as the ISP or the Inter-American Strategy for the Promotion of Public Participation in Decision Making for Sustainable Development.⁷⁴ Unlike the Aarhus Convention,

⁶⁵ Article 7 requires states to make appropriate and practical provisions for the public to participate during the preparation of plans and programmes relating to the environment.

⁶⁶ *Id.* See Article 8 generally encourages nations to promote public participation in the preparation of rules and regulations that may have a significant effect on the environment.

⁶⁷ See Article 6. 2 and 6.3; Bruch C. E. *et al.*: *supra* note 30, p. 10435.

⁶⁸ See Article 6.7.

⁶⁹ See Article 6.8 and 6.9.

⁷⁰ See Article 9.3.

⁷¹ *Id.* See Article 9.

⁷² See Article 9.4.

⁷³ See Article 9.4 and 9.5.

⁷⁴ The Inter American Council for Integral Development approved the ISP consisting of a Policy Framework and Recommendations for Action in April 2000.

the ISP is not binding on the member states. It is regarded only as a strategy, which encourages the signatories to undertake legal and institutional reforms for the implementation of the Rio commitments.

The process leading to the formation of the ISP can be traced back to the 1994 Miami Summit of the Americas⁷⁵ where the OAS affirmed their commitment to the Rio Declaration. This process was carried forward to Santa Cruz in 1996⁷⁶ where the heads of state of Americas charged the OAS with the duty of formulating the ISP. In 1998,⁷⁷ the OAS once again agreed to commit to developing legal and institutional frameworks to encourage public participation. Following a process of thorough consultation, the Inter-American Council finally approved the ISP in April 2000.

The Policy Framework of the ISP establishes the basic elements that member states are encouraged to implement. These include:

- Improving communication mechanisms to share information;
- Establishing legal and regulatory frameworks to ensure public access to information, decision making and justice;
- Promoting institutional structures, policies and procedures for expanding public participation;
- Advancing education and training programmes;
- Dedicating funding for public participation in decision making; and
- Promoting fora for consultation.⁷⁸

Although the ISP is not binding on its signatories, it has significant implications for environmental procedural rights and accountability. It represents yet another step forward at the regional level for the promotion and realisation of environmental procedural rights. Therefore, while the ISP is technically soft law, thus with no binding obligations and institutional framework, it establishes regional principles and standards that OAS and member states are now seeking to implement.⁷⁹

⁷⁵ The Miami Summit for the Americas was less detailed than the Rio Declaration and Agenda 21 but it clearly embraced the principle of participatory democracy. The heads of State of the Americas at this Summit agreed that democracy includes not only free and fair elections, but also the right of all citizens to participate in government. The governments committed to facilitate fuller participation of their people in political activity, in accordance with national legislation. They also affirmed the importance of including in political dialogue women and indigenous groups deemed to be traditionally marginalised.

⁷⁶ The OAS Summit on sustainable development in Santa Cruz Bolivia was a presidential level summit although the US was represented by Vice President Gore. The Declaration of Santa Cruz de la Sierra endorsed civil society participation in decision making in several areas and includes a commitment that the signatories from the thirty four democracies of the hemisphere will support and encourage as a basic requisite for sustainable development, broad participation by civil society in the decision making process, including policies and programmes and their design, implementation and evaluation.

⁷⁷ The Santiago Summit on Sustainable Development for the Americas 1998.

⁷⁸ Bruch, C. E., *et al.*: *supra* note 30 at 10437.

⁷⁹ *Id.*

2.3 The Memorandum of Understanding between the Republic of Kenya, the United Republic of Tanzania and the Republic of Uganda for Co-operation on Environment Management

Within the African context, the creation of the East African Community⁸⁰ brought with it new opportunities for the pursuit and enjoyment of environmental procedural rights. The Memorandum of Understanding for Co-operation on Environment Management (MOU)⁸¹ was signed by the three East African states on the 22nd October 1998.⁸² In its preamble, the MOU states that the governments of the Republic of Kenya, the United Republic of Tanzania, and the Republic of Uganda are conscious of the need to co-operate in the rational management and sustainable use of the environment and natural resources to ensure sustainable development.⁸³

The MOU contains several areas of co-operation⁸⁴ between the three East African States and makes one of the most elaborate provisions on procedural rights in an environmental document in the East African Sub-region. The MOU recognises the importance of access to information as a supportive and capacity building measure for environmental protection and sustainable development. It provides that,⁸⁵

⁸⁰ Established by the East African Community Treaty adopted at Arusha, Tanzania, 30 November 1999.

⁸¹ The Treaty establishing the East African Community provides for co-operation in Environment and Natural Resources Management between Uganda, Kenya and Tanzania.

⁸² The MOU is part and parcel of the EAC Treaty and it anticipates the development of a protocol on environmental management under the Treaty establishing the East African Community. (See Article 3).

⁸³ This provision is in line with the its parent treaty provisions, the East African Community Treaty, which notes that development activities may have negative impacts on the environment leading to the degradation of the environment and depletion of natural resources and that a clean and healthy environment is a requisite for sustainable development.

⁸⁴ The general areas of co-operation provided for under the MOU include: Co-operation in strengthening and/or expanding the on going development activities that demonstrate sound environmental management practice, common water quality and control programmes based on harmonised water policies, standards and monitoring systems, developing and applying common measures to reduce and control general environmental degradation and promoting sustainable use of natural resources; developing common strategies to combat desertification, land use policies as well as efficient use of water resources, and stock assessment and optimum utilisation and conservation of the fisheries resource. There are also special provisions for specific areas of co-operation in the areas of development and enforcement of environmental legislation; management of the Lake Victoria ecosystem; management of the forest resources; management of wildlife, management of the marine coastal environmental; management of wastes and hazardous waste, pollution and control management, development and harmonisation of environmental impact assessments, development and harmonisation of environmental standards and capacity building and support measures.

⁸⁵ See Article 16(2)(a); Article 16(2)(c) provides that: "Partner states agree to establish resource centres on environmental management including environmental law, forestry, wildlife, pollution, management, environmental information, environmental impact assessment, hazardous and non hazardous wastes management, toxic and hazardous chemicals, environmental standards, water and land resources management."

“Partner states shall promote public awareness programmes and access to information as well as measures aimed at enhancing public participation on environmental management and issues”.

It is important to note that the MOU does not limit itself to general provisions on access to information. It contains more specific provisions on access to information in the areas of co-operation enumerated under it. There are provisions within the MOU for the partner states to develop common programmes and procedures for the dissemination of information on the operation and use of environmental impact assessments as a necessary regulatory measure for sustainable development.⁸⁶ In addition to that, the partner states also agree to exchange information on forest resources,⁸⁷ wildlife,⁸⁸ the marine and coastal environment⁸⁹ and waste and hazardous waste.⁹⁰ In relation to the marine and coastal environment, the MOU recognises the importance of co-operating and sharing information with international and regional organisations from research and monitoring.⁹¹

However, even though the MOU has extensive provisions on access to information, these provisions are more general statements of intent by the member states rather than binding commitments. Moreover, the MOU does not elaborate on the practical procedures and mechanisms that member states will take to actualise access to information by the public in the East African Community. That notwithstanding, the MOU sets a firm basis for the promotion and realisation of the right to access to environmental information by the citizens of the East African Community in ways that were hitherto not possible in the member states.

The advent of environmental impact assessments brought with it increased opportunity for public participation in decision making in development processes. The MOU has seized this opportunity to make wide-ranging provisions for public participation in environmental impact assessments by the partner states. The MOU requires all partner states to enact legislation to regulate environmental impact assessment. The legislation on EIAs by the member states is required to contain provisions that enable public participation at all stages of the process related to environmental impact assessment.⁹² It is further required that partner states develop common programmes and procedures for the dissemination of information on the operation and use of environmental impact assessment as a necessary regulatory measure for sustainable development.⁹³

The MOU also contains strong provisions on public participation in the areas of general co-operation. For example it provides that *“Partner states agree to review existing national policies and legislation on forests to reflect modern concepts of multiple economic, social and ecological*

⁸⁶ See Article 14(3).

⁸⁷ See Article 9(a),(d).

⁸⁸ See Article 10(1)(c).

⁸⁹ See Articles 11(b).

⁹⁰ See Article 12(d), (e).

⁹¹ See Article 11(b).

⁹² See Article 14(2).

⁹³ See Article 14(3).

roles of forests".⁹⁴ The MOU also provides for community participation in wildlife resource management within the three East African States.⁹⁵

The access to justice provisions in the MOU require member states to develop measures, policies and laws which will grant access, due process and equal treatment in administrative and judicial proceedings for all persons who are or may be affected by environmentally harmful activities in the territory of any partner states.⁹⁶ This article lays the foundation for *locus standi* (i.e., standing to sue) in environmental matters in East Africa because it not only enables the aggrieved party to seek redress in his or her home country but also in any of the partner states who are signatory to the memorandum of understanding. The provisions of the MOU grant rights of access to the nationals or residents of the partner states to judicial and administrative establishments to seek remedies for transboundary environmental damage.⁹⁷ These provisions of *locus standi* open up the judicial space for the partner states in a way that has hitherto not been known in the Sub-region. The concept of *locus standi* in the East African region has traditionally been interpreted narrowly to limit access to justice to only the residents of a partner state in which the violation occurred. In addition, any would-be complainants were required to have a direct and distinct interest in the matter that was greater than the general public interest. By providing in Article 16(2)(d) access to "*all persons who are or who may be affected by environmentally harmful activities*" the MOU goes beyond the conventional confines of *locus standi* to open up the justice system to all environmentally aware citizens within the partner states. However, the MOU is not only significant for its *locus standi* provision but also for the requirement that any access to justice shall ensure due process and equal treatment of all.

It is therefore very clear from the analysis of the MOU that it has quite substantive provisions on environmental procedural rights. Although these provisions are by no means exhaustive, they do set a new course in environmental governance in the East African Sub-region. Moreover, the existence of more prescriptive provisions in the MOU like those relating to EIA's means that the three East African States are moving in the right direction toward the promotion and recognition of environmental procedural rights. The act of signing the MOU by the three East African States is very significant for environmental governance and accountability in East Africa because it lays the foundation for the formulation and eventual development of a protocol on Environmental Governance in East Africa.⁹⁸ The MOU and the anticipated Protocol on Environmental Governance also serve to bring the region out of isolation and into the global ambit of the developing discourse on environmental procedural rights. Virtually all regions of the world⁹⁹ are moving

⁹⁴ Article 10(b); The realisation that forests can have economic as well as social values means that there is a recognition that resource-dependent communities that live in and around forests do have a role to play in management of forest resources. Public participation in the management of the forestry sector is further strengthened by the provisions of Article 9(f).

⁹⁵ It provides for the development of user rights in and outside protected areas and calls upon member states to harmonise their wild life laws in order to avoid discrepancies in enforcement across borders. The recognition of user rights in protected areas is a major move in the participation of communities in the management of Wildlife areas, which have hitherto been the preserve of the state.

⁹⁶ See Article 16(2)(d).

⁹⁷ See Article 16(4).

⁹⁸ The Treaty for the Establishment of the East African Community between Kenya, Uganda and Tanzania provides for the development of an Environmental Protocol. The MOU is viewed as a fast track towards the development of an environmental protocol to the East African Treaty.

⁹⁹ For example, the Inter-American Strategy for the Promotion of Public Participation in Decision Making for Sustainable Development, which is regarded as a strategy that encourages

towards the development of instruments that are meant to promote environmental procedural rights. The European Union has taken the lead in this endeavour with the adoption of the Aarhus Convention, which is the first binding instrument at the regional level on environmental procedural rights.¹⁰⁰

IV. Implementing Environmental Procedural Rights: A Case Study of the European Union Legal and Policy Framework

The following section examines the extent to which the EU has implemented the rights to information, public participation and access to justice. The EU was chosen for the case study on implementing environmental procedural rights because of its long experience in recognising the importance of, and in developing, environmental procedural rights.¹⁰¹ Accordingly, the volume of information and experience gained over the decades make it a prime candidate for best practice case

the signatories to undertake legal and institutional reforms for the implementation of the Rio Declaration; the NAAEC among Canada, Mexico and the United States, which is a side agreement that grew out of the concerns that the NAFTA did not adequately take into account environmental interests and therefore was established in part to enhance compliance with and enforcement of environmental laws and regulations and to promote transparency and public participation in the development of environmental laws; the ASEM for Asian countries, which is a collective effort to create a co-operative process to better promote economic, political and cultural development as well as environmental protection. As part of this effort, a three year project entitled Public Participation in Environmental Aspects in ASEM countries was initiated in June 2000.

¹⁰⁰ The UN/ECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision Making and Access to Justice in Environmental Matters.

¹⁰¹ The Origins of EU policy on environmental procedural rights can be traced back to the EC Commission's formal communication to the Council of July 1971 which called attention to the need for community action programmes on the environment. This led to the adoption of the first action programme at the end of 1973. It contained provisions on exchange of information and examination of the application of environmental laws and controls and a common EC system of documentation and dissemination of information especially in relation to environmental protection. The second Environmental Action Programme emphasised the importance of monitoring and assessing compliance with EC Environmental Action measures while the third one was aimed at strengthening the cohesion of EC and national environmental policy. The 1985 Directive on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, commonly referred to as the "Environmental Impact Assessment Directive" provided that information on matters of major environmental significance be made available to those who may be affected. In order to create a co-ordinating mechanism and to ensure consistency of information on the state of the environment and natural resources in the Community, the "Corine Programme" was adopted for a period of four years beginning in 1985. In accordance with the Fourth Action Programme, the main objective of the Corine programme was to ensure the availability of a sound base of comparable environmental information for purposes of assisting policy making. The Fourth Action Programme recommended the continuation of the Corine programme and set new priorities, which included wider access to environmental information, improved implementation of legislation and increased public education in order to promote greater public participation in environmental matters. It included a provision on the need for a community law on the freedom of access to information on the environment. This recommendation set the stage for the formulation and adoption of the Directive on Freedom of Access to Information on the Environment.

studies and lesson learning. The emphasis under the analysis in this section is on general policy and legal commitments in implementing environmental procedural rights in the EU and how select countries within the EU have responded to these legal and policy requirements. In particular, the analysis focuses on the period after the passing of the EU Directive on the freedom of access to information on the environment.¹⁰² Thus, the paper will examine the steps that have been taken at EU level in the promotion of environmental procedural rights with special attention being given to the developments that have taken place since the adoption of the Aarhus convention.

The EU framework for implementing environmental law is unique in that all member states must operate within its environmental framework. As such, member states are obliged to follow EU environmental regulations and to implement environmental directives adopted at the EU level. Under EU law, regulations are the most powerful law making instruments because they are binding in their entirety and are directly applicable in all member states. Without any need for further intervention by national governments or legislatures, regulations become part of the national legal system of each member state. Directives, on the other hand, though binding on the member states to which they are addressed, allow for a choice of the form and method of their implementation in member states' national laws. Failure on the part of a member state to implement a directive completely or correctly within the stated period may lead to individuals and legal persons being able to rely on the provisions of the directive in their dealings with the member states.¹⁰³

1. EU Legal and Policy Initiatives on the Right to Access to Information

Member states must have national legislation to implement EU Directives. Accordingly, in response to the Council Directive on the freedom of access to information on the environment,¹⁰⁴ several EU member states formulated and approved laws to implement the Council directive. For example, Austria approved one in 1993, Denmark in 1994, Germany in 1994, Greece in 1995, United Kingdom in 1992, Spain in 1995 and Ireland in 1993, with an update in 1996.¹⁰⁵

Under the Directive, member states are required to perform a dual task: (1) provide individuals with environmental information upon request and (2) make available general information on the state of the environment voluntarily.¹⁰⁶ The Directive sets out the conditions¹⁰⁷ under which information may be made available freely and without any need to prove an interest.¹⁰⁸ The right to seek information without having an interest was affirmed in the case of *Commission v. Germany*¹⁰⁹ where the European Court of Justice (ECJ) affirmed the Council's rejection of the suggestion put forward by the Economic and Social Committee that the applicant be obliged to state the reasons for seeking the information requested.

¹⁰² Council Directive 90/313/EC of the 7th June 1990.

¹⁰³ See Weatherill, S. and Beaumont, P., in *EC Law: The Essential Guide to the Legal Workings of the European Community*, 2nd Edition 1995 Penguin Books, pages 136 to 139.

¹⁰⁴ Council Directive 90/313/EEC of 7th June 1990.

¹⁰⁵ *Doors to Democracy: Current Trends and Practices in Public Participation in Environmental Decision Making in Western Europe*. June, 1998.

¹⁰⁶ Article 1.

¹⁰⁷ See Articles 3 to 6.

¹⁰⁸ See Article 3.

¹⁰⁹ Case C-217/97, (1993) 3 C.M.L.R 227,284 (Opinion of Advocate General Finnely).

The Directive also contains provisions that limit the right to access to information in certain circumstances.¹¹⁰ However, there is strong emphasis on ensuring that the provisions on the exceptions in the directive are not used by the member states to derogate from the principle of access to environmental information, which is a prerequisite for effective participation. For example, in the case of *Mecklenburg v. Pinneberg*,¹¹¹ the ECJ considered the aims of the Directive and concluded that the exception of “preliminary investigation proceedings” covers exclusively proceedings of a judicial or quasi judicial nature or at least proceedings which will inevitably lead to the imposition of a penalty if the offence (administrative or criminal) is established. Therefore, the court concluded, an administrative procedure, such as the one included in the Article 7(1)(2) of the German *Umweltinformationsgesetz*, will fall under the confidentiality exception only if it immediately precedes “contentious or quasi contentious proceedings which arise from the need to obtain proof or to investigate a matter” prior to the opening of the actual procedure. Accordingly, the ECJ directed in this case that national legislation providing for partial access must be drafted clearly to ensure compliance with the principle of legal certainty and to enable persons who may submit a request for information to know the full extent of their rights.

There are divergencies among EU member states in implementing the Directive exceptions on access to information. For example, in Greece, authorities cannot refuse to provide information on the basis of the protection of privacy, medical, industrial or commercial confidentiality if this information is exclusively related to the person requesting it. In the Netherlands, when the confidential business exception is applied, a so-called “second text” must be provided. This means that confidential information will be withheld while the rest will be made available. In Austria, “public interest”, as well as commercial and industrial secrets, is one of the exceptions applied in withholding information from the public.

As to the provision of the access to information directive that requires states to make available general information on the state of the environment, the ECJ has reiterated that the wording of the provision makes it clear that the Community intended to make the concept a broad one, embracing both information and activities relating to the state of the environment.¹¹² The ECJ noted further that the use in Article 2(a) of the Directive of the term “including” indicates that “administrative measures” is merely an example of the activities or measures covered under the Directive.¹¹³

The requirement that member states shall ensure that information relating to the environment is available to all persons may sometimes give rise to an unreasonable amount of administrative work because of the legal and administrative peculiarities of each member state. For example in the U.K., all major environmental statutes – the Control of Pollution Act, the Water Resources Act, the Environmental Protection Act, have separate information registries.¹¹⁴ In Spain, all public authorities are required to have their own general information on the state of the environment in

¹¹⁰ Member states may refuse a request for information affecting: the confidentiality of the proceedings of public authorities, international relations and national defence, public security matters, matters which are or have been sub judice or under inquiry (including disciplinary measures) or which are the subject of preliminary investigation proceedings, commercial and industrial confidentiality, including intellectual property, the confidentiality of personal data and files, material supplied by a third party without that party being under a legal obligation to do so, material the disclosure of which would make it more likely that the environment to which such material relates would be damaged (See Article 3(29)).

¹¹¹ Case C-321/96, 1998 E. C. R. I. 3809, 3835.

¹¹² See *Mecklenburg v. Pinneberg*, 1998, E.C.R. I – 3809.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ Gavouneli, M., “Access to Environmental Information: Delimitation of a right”, *Tulane Environmental Law Journal*, Volume 3, Summer (2000), Issue 2.

the form of periodic reports.¹¹⁵ In Germany, the Federal Environmental Agency produces both an annual report and several sectoral ones.¹¹⁶ However, in spite of the burden of work that may be involved in ensuring access to environmental information by the public especially from such a variety of sources, the ECJ has held that where the volume of work would give rise to an unreasonable amount of administrative work, states are required to balance the interest in public access against the burden of work so caused.¹¹⁷ This ruling signifies the importance the EU places on access to information as a prerequisite for public participation in environmental matters.

Therefore, under Greek law, a competent public authority cannot legally refuse to supply copies of documents or material on the grounds that it is not the service that prepares the documents requested or not the service primarily responsible for it.¹¹⁸ In Germany, Denmark and the Netherlands, national authorities are under an obligation, in response to a request for information that they do not hold or are not competent to provide, to forward the request to the authority which does hold that information or which is competent to provide that information.¹¹⁹

Costs are often one of the major hindrances in realising the right to access to environmental information. The Directive recognises this problem and requires that member states may make a charge for supplying information but that such charge may not exceed a reasonable cost.¹²⁰ The ECJ in interpreting “reasonable costs” held that “the term reasonable for the purpose of Article five of the Directive must be understood as meaning that it does not authorise member states to pass on to those seeking information the entire amount of the costs, in particular indirect ones, actually incurred by the state budget in conducting an information search”.¹²¹ The implementation of this policy directive varies among the member states of the EU. For example, it was found that Austria and Denmark have provisions to provide for information free of charge. However, in Austria, there are two exceptions: (1) where the information requested is available in a publication with a purchase price, the person requesting the information pays the publication price and (2) where the request is extensive, the person requesting information may pay a total amount that may not exceed a reasonable cost.¹²² In Germany, regulations under the Federal Access to Information Act provide for fees for the work of federal authorities.¹²³

It is important to note that following the adoption of the Aarhus Convention, a proposal was presented by the Commission of the European Communities for a new directive on access to environmental information.¹²⁴ The directive would upon adoption¹²⁵ replace Council Directive

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.*

¹¹⁷ See Case C- 217/97 Hautala v. Council (1997) 3 C.M.L.R 524, 528.

¹¹⁸ Doors to Democracy: *supra* note 105.

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ Article 5 Council Directive on [the freedom of] Access to Information on the Environment.

¹²¹ See Case C- 217/97, Commission v. Germany (1993) 3 C. M. L. R 227, 300.

¹²² Doors to Democracy: *supra* note 105.

¹²³ *Id.*

¹²⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and Council on Public Access to Environmental Information Brussels, 29.06.2000 COM(2000) 402 final.

¹²⁵ Editor’s note: since this paper was written, Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council on Public Access to Environmental Information was adopted on 28 January 2003 (OJ L 41 of 14.02.2003, p. 26). It is the main instrument to align Community legislation with the provisions of the Aarhus Convention on public access to environmental information.

90/313/EEC, of June 1990, on freedom of access to information on the environment, thus necessitating some changes where necessary by the member states in their legal regimes on access to information in order to take into account the new changes. The aim of the proposed directive is threefold:¹²⁶

1. To correct the shortcomings identified in the practical application of Directive 90/313/EEC;
2. To pave the way for the ratification by the European Community of the UN/ECE Convention on Access to Information, Public Participation and Access to Justice through the alignment of the proposal to the relevant provisions of the convention; and
3. To adapt Directive 90/313/EEC to developments in information technologies so as to make a second-generation directive, which will reflect the changes in how the information is created, collected and transmitted.

An examination of the proposed directive indicates that it basically seeks to align EC legislation on access to environmental information with what is laid down in the Aarhus Convention, in addition to taking into account the lessons learned in the practical implementation of Directive 90/313/EEC. Accordingly, the proposed definition on environmental information under the new directive seeks to be more comprehensive and explicit so as to encompass other categories of information which were excluded from the scope of the Directive but are provided for in the Aarhus Convention.¹²⁷ The proposed directive also seeks to include the definition of an applicant,¹²⁸ which does not exist in the original directive, and to clarify the right of access to environmental information upon request to bring it in line with the provisions of the Aarhus Convention.¹²⁹ Further alignment with the Aarhus Convention is made in the proposed directive in the area of exceptions to public access to environmental information¹³⁰ and in the areas of access to justice,¹³¹ denial of environmental information, and dissemination of environmental information.¹³²

The new Directive repeals Directive 90/313/EEC and, compared to it, imposes some stricter obligations upon Member States, in particular regarding the active dissemination of environmental information by public authorities and extending the right of access to information from citizens of the EU to any person, regardless its residence. The Directive also obliges the Member States to provide for an administrative “appeal”, (optional in the Aarhus Convention) which is a procedure that has the advantage of being rapid and free of charge. This new Directive obliges the Member States of the European Union to implement it in legislation at the latest by 14 February 2005 (<http://europa.eu.int/comm/environment/aarhus/index.htm>).

¹²⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and Council on Public Access to Environmental Information Brussels, 29.06.2000 COM(2000) 402 final.

¹²⁷ See Article 1 of the proposed Directive of the European Parliament and Council on Public Access to environmental information Brussels, 29.06.2000 COM(2000) 402 final.

¹²⁸ See Article 2 of the proposed Directive of the European Parliament and Council on Public Access to environmental information Brussels, 29.06.2000 COM(2000) 402 final.

¹²⁹ See Article 3 of the proposed Directive of the European Parliament and Council on Public Access to environmental information Brussels, 29.06.2000 COM(2000) 402 final.

¹³⁰ See Article 4 of the proposed Directive of the European Parliament and Council on Public Access to environmental information Brussels, 29.06.2000 COM(2000) 402 final.

¹³¹ See Article 6 of the proposed Directive of the European Parliament and Council on Public Access to environmental information Brussels, 29.06.2000 COM(2000) 402 final.

¹³² See Article 7 of the proposed Directive of the European Parliament and Council on Public Access to environmental information Brussels, 29.06.2000 COM(2000) 402 final.

It is therefore clear from the above analysis that once the proposed directive is adopted by the Council, member states will be required to make certain changes where necessary in their laws relating to access to environmental information in order to bring them in line with the new directive. The Council proposal notes that although it is not apparent from the national reports of member states that the implementation of Directive 90/313/EEC gave rise to any great financial problems, the implementation of the proposed directive would oblige member states to have greater recourse to modern computer technology for making information available to the public thus having financial and human cost implications for its implementation.¹³³

2. EU Legal and Policy Initiatives on the Right to Public Participation

The EU does not have a single directive specifically dealing with public participation in environmental matters. However, Council Directive 85/337/EEC, amended by 97/11/EEC, on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment contains several succinct provisions on public participation in environmental matters, especially in environmental impact assessments.

A number of other Directives contain provisions on public participation in environmental decision-making.¹³⁴

In the absence of a single directive dealing with the right to public participation in environmental matters, the Commission of the European Communities has noted that there is need for public participation to be introduced into directives in the environmental sphere and has proposed a directive of the European Parliament and the Council providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment.¹³⁵ The proposed directive basically seeks to align community law on public participation in environment matters with the provisions of the Aarhus Convention. It further seeks to amend directive 85/337/EEC on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (the EIA directive) and Council Directive 96/61/EC on integrated pollution prevention and control (the IPPC Directive). The proposal makes provision for public participation procedures in respect of plans or programmes to be drawn up under the following community legislation:¹³⁶

- Article 7(1) of Council Directive 75/44/EEC on waste;
- Article 6 of Council Directive 91/157/EEC on batteries and accumulators containing certain dangerous substances;

¹³³ See section 4 on costs of implementing the proposal for member states in the proposed Directive of the European Parliament and Council on Public Access to environmental information Brussels, 29.06.2000 COM(2000) 402 final.

¹³⁴ E.g. Directive 2001/42/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 2001 on the assessment of certain plans and programmes on the environment (JO L 197, 21.07.2001, p. 30) and Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy (JO L 327, 22.12.2000, p. 1).

¹³⁵ Commission of the European Communities: Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council providing for public participation in respect of the drawing up of certain programmes relating to the environment and amending Council Directive 85/337/EEC and 96/61/EEC. Commission of the European Communities. Brussels, 18.01.2001 COM (2000) 839 FINAL; 2000/331 (COD) .

¹³⁶ *Id.*

- Article 5 of Council Directive 91/676/EEC on hazardous waste;
- Article 14 of Council Directive 94/62/EC on packaging and packaging waste;
- Article 8(3) of Council Directive 96/62/EC on ambient air quality assessment and management including plans referred to in Articles 3(4), 5(4), 5(5) of Council Directive 1999/30/EC relating to limit values for sulphur dioxide, nitrogen dioxide and oxides of nitrogen, particulate matter and lead in ambient air.

Accordingly, the new proposal requires member states to ensure that:¹³⁷

- The public is informed (by public notices or other appropriate means) about any proposals for such plans or programmes and that relevant information about such proposals is made available to the public.
- The public is entitled to express comments and opinions before decisions on the plans and programmes are made.
- In making those decisions, due account is taken of the results of the public participation.

In the meantime, until the proposed directive on public participation in environmental matters requiring member states of the EU to make some changes in their laws is adopted,¹³⁸ the right to public participation in environmental matters is exercised in various ways in the EU member states. It generally takes the form of constitutional and legislative requirements, referenda, participation on consultative bodies, public consultation, the right to make submissions prior to decision making and the right to have such submissions taken into account when the final decision is made.¹³⁹ Examples of constitutional provisions include Spain and Portugal whose constitutions provide for the right to public participation in environmental matters. In general, though, participation rights in the EU member states are mostly found in framework environmental laws as well as guidelines and administrative laws or codes.

The most elaborate provisions on public participation in environmental matters in most countries relates to decision making about issuing of authorisations or permits for installations and the performance of activities, which also includes environmental impact assessments of certain projects. The reason for this common prevalence is the Council Directive 85/337/EEC, amended by 97/11/EEC, on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, which set the impetus for the development and adoption of national legislation by EU

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Editor's note: Since this paper was written, Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC (OJ L 156 of 25.06.2003, p. 17) was adopted on 26 May 2003.

This Directive updates provisions on public participation in the permitting procedures at national level under legislation on environmental impact assessment and integrated pollution prevention and control. Further, it contains rules on public participation in the preparation of a number of environmental plans and programmes under Directives on waste, air pollution and protection of waters against nitrate pollution. Member States are obliged to adopt their laws and other provisions to comply with this Directive by 25 June 2005 at the latest (<http://europa.eu.int/comm/environment/aarhus/index.htm>).

¹³⁹ Doors to Democracy: *supra* note 105.

member states on environmental impact assessments and which contain harmonised elements of public participation in environmental impact assessments. However, in addition to participation in EIAs, there are general public participation rights in several other areas relating to the environment in the EU member states. The most significant of these are in the areas of:¹⁴⁰

- Elaboration of regulations about environmental matters;
- Approval of plans, programs and policies that affect the environment;
- Territorial planning, including the planning of land use and resources and urban planning.

Therefore, several EU member states have elaborate provisions regarding public participation in siting, permitting and environmental impact assessment. For example, in Austria, under the Environment Impact Assessment and Public Participation Law,¹⁴¹ everybody is allowed to get information about any pending project and to comment on it within six weeks. There is also a requirement that EIA results should be published and discussed at a public hearing. Moreover, it is a requirement under the law that the opinions of citizens and citizen groups must be taken into account in reaching the final decision.

In the Netherlands, public participation is allowed in the most important environmental proceedings especially those concerning environmental emissions, licences for industrial siting, energy production, waste processing installations and several others. In Germany, there are strong provisions on public participation in environmental impact assessments. Under the Irish system, any person may inspect an application for a siting and submit a written comment, which must be taken into account by the planning authority when making its decision. The same participation rights are available under Irish Law for applications for waste collection and disposal and for air pollution licences. Spanish legislation allows public participation in procedures regarding EIAs. It allows all citizens to present their comments and claims and to receive a response from the concerned authority.

It is important to note that in all countries sampled, public participation rights include NGOs. For example, Danish NGOs are regularly consulted on policy making and regarding plans, programmes and legislation. At local level, Danish NGOs participate in monitoring and influence local decisions through “Green Councils”.¹⁴² In Spain, the Land Legislation sets out mandatory provisions on periods of public participation in town planning procedures, and allows affected individuals and NGOs to participate in these procedures. In Ireland, NGOs are members of the Advisory Committee created to make recommendations regarding functions of the Environmental Protection Agency.

Public participation in environmental matters is not limited to EIAs and to siting and permitting or implementing programs. There is also room for public participation in making laws and regulations within the EU member states. It is possible for individual members of the public and NGOs upon invitation to participate in parliamentary committee proceedings in relation to the environment and where requested to present opinions on issues and laws that are being considered for adoption by the legislature. In addition, members of the public can in some EU countries initiate legislation or referenda. For example, in Spain it is possible for the public to initiate legislation at both the national level and in the autonomous regions. A national legislation initiative in Spain requires 500,000 signatures of Spanish nationals who are recorded on the census in order to oblige

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² Green Councils are community level organisations that deal with environmental matters.

parliament to debate the text of the proposition which forms the subject of the initiative. As regards referenda, Austria, Germany, the Netherlands, Portugal, and Spain include the right to initiate a referendum. In Austria, under federal law, 10,000 voters can initiate a referendum on any issue including environmental matters.

3. EU Legal and Policy Initiatives on the Right to Access to Justice

The right to access to justice in environmental matters in the EU is not provided for in any single regulation or directive. However, the right is provided for in several environmental instruments. For example, the freedom of access to information on the environment directive provides that, subject to certain exceptions, any natural or legal person is entitled to receive environmental information from public authorities at his or her request without having to prove an interest, which is backed by the right to seek judicial or administrative review of the decision to refuse information.¹⁴³ The fifth programme of the EU “towards sustainability” gave impetus to the promotion and recognition of the right to access to justice within EU member states when it noted that members of the public have a direct interest in the quality of their living environment and that individuals and public interest groups should have practicable access to the courts in order to ensure that their legitimate interests are protected and that prescribed environmental measures are effectively enforced and illegal practices stopped.¹⁴⁴ Following the adoption of the Aarhus Convention, the European Commission has already presented two proposals for directives containing provisions on access to justice. The proposal for a directive on public access to environmental information¹⁴⁵ provides that the right to access to information can be reviewed before a court of law or other body established by law in which the acts or omissions of the public authority concerned can be reviewed. With respect to public participation in decision making, the proposal for a directive providing for public participation in respect of drawing up certain plans and programmes relating to the environment and amending Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC provides in accordance with the relevant national legal system, that the public concerned has access to a review procedure before a court of law or other body established by law to challenge the substantive or procedural legality of decisions, acts or omissions subject to the public participation provisions of this directive. Both these proposed directives are considered to be in line with the Aarhus Convention.¹⁴⁶

The most current development relating to access to justice at the EU level is the proposed directive on access to justice in environmental matters.¹⁴⁷ Following the adoption of the Aarhus

¹⁴³ See Article 4 of the Council Directive 90/313/EC of 7th June 1990 (OJL 158, 23.06.1990 p. 56-58) on the freedom of access to information on the environment.

¹⁴⁴ A European Community Programme of policy and action in relation to the environment and sustainable development, COM (92) 23 final – Vol. II at (76); OJ 1993 C 138/5; approved by the Council in its resolution of 1st February 1993, OJ 1993 C 138/1.

¹⁴⁵ COM (2000) 402 final; OJ C 337; 28.11.2000, p. 156.

¹⁴⁶ European Commission Directorate General Environment: Working Document on access to justice in environmental matters dated 11th April 2002.

¹⁴⁷ Editor’s note: Since this paper was written, Directive 2003/4/EC on public access to environmental information and Directive 2003/35/EC on public participation were adopted (see *supra* note 125 and 138). They both contain provisions on access to justice which are in line with the requirements arising from the Aarhus Convention. The Commission has also adopted the proposal for a Directive on access to justice in environmental matters. This proposal will contribute to the implementation of the Aarhus Convention and will also fulfil the shortcomings in controlling the application of environmental law. The shortcomings of enforcement of

Convention, the European Commission is currently consulting EU member states on a proposed draft for a directive on access to justice in environmental matters. A working document detailing the new proposed draft directive on access to justice in environmental matters states that the main of the objectives of the directive will be to:¹⁴⁸

- Ensure a high level of environmental protection;
- Provide for a better enforcement and practical application of environmental law in the EU and in the accession countries;
- Implement the Aarhus Convention;
- Promote the process of good governance.

It is important to note that even in the absence of a specific instrument at the EU level dealing with the right to access to justice, the right to an effective judicial remedy in case of breach of EU law is a general principle of community law.¹⁴⁹

The constitutions of a number of the EU member states provide for the right to access to justice. For example, the constitutions of Spain and Portugal explicitly provide for *actio popularis* or popular action in certain circumstances, which are however not usually limited to environmental matters. The Constitution of Portugal categorically states that “*everyone enjoys the right to actio popularis in the case and under the conditions provided by law, notably the right to promote the prevention, the suppression and the prosecution of offences against public health, the environment, the quality of life and the cultural heritage*”. The Constitutions of both Portugal and Spain allow for open standing to sue or citizen suits without the need to show a special legal interest and extends to both natural and legal persons.¹⁵⁰ However, it is important to note that for the most part, the right to access to justice in most EU member states is found in general legislation or framework environmental laws. Administrative procedures continue to be the most important avenue for environmental protection and enforcement among the majority of EU member states, although judicial enforcement is a growing mechanism for promoting and enforcing environmental laws in several countries.¹⁵¹

In most EU member states, administrative standing is governed by existing procedures in the process of granting permits and site licenses, EIAs and general participation in the approval of laws and regulations, policies and programs. In Denmark, Ireland, Finland, the Netherlands and Sweden administrative law is the normal and indeed preferred method for contesting decisions by public authorities relating to the environment. In Germany, Belgium, Denmark, Finland, France, Ireland and United Kingdom, there are specific administrative procedures, usually to ad hoc bodies, in the areas of water, protection of nature and planning. Generally, all EU member states subject planning

environmental law are pointed out, *inter alia*, in the 6th Community Environment Action Programme (OJ L 242, 10.09.2002, p. 1) where it was recognised that better access to courts for non-governmental organisations and individuals would have a beneficial effect on the implementation of Community law (<http://europa.eu.int/comm/environment/aarhus/index.htm>).

¹⁴⁸ European Commission Directorate General Environment: Working Document on access to justice in environmental matters dated 11th April 2002.

¹⁴⁹ ECJ; 15.05.1996, Johnston, 22-84, ECR 1651.

¹⁵⁰ Doors to Democracy, *supra* note 105.

¹⁵¹ See Prieur, M., Complaints and Appeals in the Area of Environment in the Member states of the European Union. Study for the Commission of the European Community, DGXI March 1998.

consents to administrative appeals. Individual administrative acts are generally subject to a non-contentious appeal to the authority that made the decision, and thereafter to a higher level of the same authority or an administrative law appeal or to the Minister or an ad hoc administrative body. For example, in the U.K. an applicant may make an appeal to the Minister against the grant of an individual planning consent.¹⁵² In Austria, Italy, the Netherlands, Sweden (with regard to plans), Germany and Denmark, an applicant's appeal will be admitted only if he or she participated in the consultation or claim procedure organised before the decision was taken. However, the rest of the EU states allow for the contesting of a decision after it has been taken even if the objector did not take part in the consultation procedure.¹⁵³

Standing to contest or appeal administrative decisions, acts or omissions is widely recognised among EU member states. In Denmark, the right to legal standing includes the courts as well as the administrative appeal system. Denmark has two appeal boards dealing with environmental matters (1) the Nature Protection Board of Appeal which deals with nature protection issues and (2) Environment Appeal Board which deals with general environmental issues. In Germany, public participation rights can be asserted in an administrative court. Greek laws grant legal standing before the council of state, which is the administrative court for both individuals and NGOs, as long as proof of interest is shown. In Ireland, individuals and NGOs have the right to appeal before an administrative court on issues regarding planning applications, air pollution, specific authorisation of pollution licenses and in the case of integrated pollution control and waste management licence applications. The Irish law on Access to Information on the Environment grants standing before administrative and constitutional courts only to affected individuals and NGOs. In Norway, the Access to Justice Act grants individuals and NGOs the right of standing before courts. The United Kingdom, Spain and Portugal all have generous provisions that allow for individual and NGO standing before administrative and civil courts.¹⁵⁴

Payment for costs presents one of the biggest challenges for enforcing the right to access to justice. In the EU, payment of costs in administrative procedures is required in Germany, Belgium, Ireland, Portugal and the United Kingdom. In Denmark, the minister for the environment may decide that the costs of an appeal should be paid in certain circumstances, for example, water matters, but generally the appellant's costs are refunded if the appeal is successful.¹⁵⁵

V. Access to Environmental Information, Public Participation and Access to Environmental Justice in Uganda

1. The 1995 National Environment Management Policy

The 1995 National Environment Management Policy sets the broad policy framework for the promotion and protection of the environment in Uganda. Its stated overall policy goal is "*sustainable social and economic development which maintains or enhances environmental quality and resource productivity on a long term basis that meets the needs of the present*

¹⁵² Prieur, M., *Complaints and Appeals in the Area of Environment in the Member States of the European Union*. Study for the Commission of the European Community, DGXI March 1998.

¹⁵³ *Id.*

¹⁵⁴ *Doors to Democracy supra* note 105.

¹⁵⁵ Prieur, M., *Complaints and Appeals in the Area of Environment in the Member states of the European Union*. Study for the Commission of the European Community, DGXI March 1998.

generations without compromising the ability of the future generations to meet their own needs".¹⁵⁶ The key policy objectives set to help achieve this goal include:¹⁵⁷

- Integrating environmental concerns in all development policies, planning and activities at national, district and local levels, *with the full participation of the people* (emphasis added);
- Ensuring individual and community participation in environmental improvement activities.

Underlying these broad policy objectives are key principles, which are intended to guide policy development and implementation strategies. It is important to note that these key principles contain only one reference to public participation: "*Effective involvement of women and youth in natural resources policy formulation, planning, decision making, management and programme implementation.*"¹⁵⁸

Chapter 3.14 of the Policy contains the substantive provisions on public participation in environmental management under the National Environment Management Policy. The Policy states that participation of the people in resource management is intended not only to enlist their support but also to influence change in behaviour and attitudes and act as an incentive for sustainable resource use. Accordingly, the objectives for public participation in environmental matters in Uganda include:

- Involving the resource users in environmental planning, implementing, monitoring and evaluation at all levels;
- Bringing resource management decisions and management closer to the resource users.

The guiding principles to ensure attainment of these objectives include seeking the co-operation and participation of the public in all phases of environmental planning, implementation, monitoring, and evaluation and involving women and youth in environmental decision making. The Policy provides for several strategies that will be pursued to achieve public participation in environmental protection and management in Uganda. These include:

- Developing guidelines on public participation in environmental matters;
- Widening opportunities for public participation in natural resource management including co-management and benefit sharing in protected area's management.

In addition to providing for general public participation, the policy contains special provisions for the participation of non-governmental organisations in environmental protection and management.¹⁵⁹ The policy recognises the importance of NGOs in mobilising and sensitising the public in environmental matters and in ensuring that the voices of the underprivileged are incorporated in national development processes.¹⁶⁰

¹⁵⁶ The National Environment Management Policy for Uganda 1995; Chapter 2.1.

¹⁵⁷ *Id.* Chapter 2.2.

¹⁵⁸ See Chapter 2.3(xiv).

¹⁵⁹ Chapter 5.3.

¹⁶⁰ *Id.*

One of the peculiarities of the Policy is the notable absence of any concise provisions on participation rights in its Environmental Impact Assessment (EIA) provisions. The stated objective of EIAs in the Policy is to provide a system of environmental monitoring so that adverse environmental impacts can be foreseen, eliminated or mitigated.¹⁶¹ This objective does not include public participation rights and neither do the guiding principles and strategies that are set up within the policy to ensure effective Environmental Impact Assessment.¹⁶² That notwithstanding, it is important to note that the EIA regulations that were developed as a result of this policy directive contain elaborate provisions on public participation in EIAs.

The Policy recognises the importance of access to environmental information by the public in Uganda. It notes that in order to achieve sustainable environmental protection, there is need to continuously anticipate new challenges and this requires availability of timely, up to date and accurate information.¹⁶³ Accordingly, it sets one of its major objectives as “*to collect, analyse, store and disseminate on a continuous basis, reliable information relating to environmental management issues including bio-diversity, soil conservation, fuel wood supply and demand and pollution control*”.¹⁶⁴ This objective is based on the guiding principle that the right to a clean and healthy environment guaranteed to the citizens of Uganda in the Constitution should carry with it the right to be informed about environmental issues.¹⁶⁵ The Policy therefore avers to make available to all interested users all unclassified or non-proprietary information. Moreover, the Policy promises to tailor information generation to user needs and to set up well-defined legal and institutional guidelines for information management in order to facilitate public access.¹⁶⁶ There is also a commitment within the Policy to provide clear legislation and guidelines on environmental information, specifying which information is freely available to the public and which may be regarded as classified or proprietary.¹⁶⁷ Accordingly, the Policy provides that one of the guiding principles for its implementation is the creation of a right to access to environmental information, while protecting proprietary information.¹⁶⁸

Access to justice in the Policy is provided for in the institutional framework for ensuring environmental protection and management in Uganda. The policy limits *locus* to sue for non compliance and environmental damage to the government institutions that are set up in the National Environment Management Act¹⁶⁹ (hereafter referred to as the National Environment Statute or NEMA Statute) thus limiting the public right to access to justice in environmental matters.

2. The National Environment Statute

The National Environment Statute is described as a statute to provide for sustainable management of the environment, to establish an authority as a co-ordinating, monitoring and supervisory body for that purpose, and for other matters incidental to or connected to the foregoing.

¹⁶¹ Chapter 3.8.

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ See Chapter 3.3 on Environmental Information.

¹⁶⁴ See Chapter 3.3 Objectives for environmental information.

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ *Id.* Guiding principles for environmental information.

¹⁶⁷ *Id.* Strategies for environmental information.

¹⁶⁸ See Chapter 3.14(111).

¹⁶⁹ Section 4 of the NEMA Statute provides that only the National Environment Management Authority and local Environment Committees may sue for environmental damage in Uganda.

The Statute recognises the right of access to environmental information when it provides that: “(1) every person shall have freedom of access to any information relating to the implementation of this statute submitted to the authority or lead agency. (2) a person desiring the information shall apply to the authority or lead agency and may be granted access on the payment of a prescribed fee. (3) Freedom of access to environmental information does not extend to proprietary information which shall be treated as confidential by the authority and any lead agency”.¹⁷⁰

The provisions on the right of access to information are strengthened by the statutory requirement that the local environment committees carry out public environment education and campaigns; mobilise the people within their local jurisdictions to conserve natural resources, restore degraded environmental resources and improve their natural environment all through self help. The duty of public environment education placed on the local environment committees is in line with the Statute’s guiding principles, which include the right of access to environmental information for every citizen.

The Statute enunciates one of its guiding principles as to encourage maximum participation by the people of Uganda in the development of policies, plans and processes for the management of the environment.¹⁷¹ It also contains specific provisions for protection of special environmental resources in which it provides for public participation. In the forestry sector, the Statute makes elaborate provisions for community participation in reforestation and afforestation. It charges the local environment committees with the duty of ensuring public participation by encouraging voluntary self help in the community to plant trees and other vegetation.¹⁷² The Statute¹⁷³ makes the communities responsible for taking measures to plant trees and other vegetation on their land, whether that land is customary, freehold, leasehold or held in any other form of tenure. This community participation in the protection and management of the forestry sector as provided for in the Statute is reinforced with sanctions. The statute¹⁷⁴ provides that any person who contravenes any measure prescribed by the National Environment Management Authority under section 40 relating to afforestation or who fails to comply with a lawful directive by a local environment committee commits an offence.

The Statute protects¹⁷⁵ traditional use of forests, which are indispensable to the local communities and are compatible with the principle of sustainable development. These rights of participation and access in the forestry sector are qualified when the statute provides that the Authority may exclude human activity in any forest area by declaring a forest area a specially protected forest.¹⁷⁶

In order to enhance public participation, the Statute establishes a board of directors for the National Environmental Management Authority, which includes two members of the public.¹⁷⁷ The inclusion of members of the public on the highest organ for policy making on the environment in the country is an important consideration in the Statute. However, it is important to note that the public representatives on this board are appointed by the Minister, which means that they do not

¹⁷⁰ See Section 86.

¹⁷¹ See Section 3(2)(b).

¹⁷² Section 40.

¹⁷³ See Section 40(3).

¹⁷⁴ See Section 40(4).

¹⁷⁵ Section 46(5).

¹⁷⁶ Section 46(6).

¹⁷⁷ Section 9, see also second Schedule to the statute.

necessarily represent the public or civil society because they are not accountable to them but to the government.

The provisions on access to justice in the Statute limit the right to sue for environmental damage in Uganda to the National Environmental Management Authority and the local environment committee. It provides that:¹⁷⁸ “*In furtherance of the right to a healthy environment and enforcement of the duty to maintain and enhance the environment, the Authority or the local environment committee so informed under subsection (2) is entitled to bring an action against any other person whose activities or omissions have or are likely to have a significant impact on the environment...*”

Whereas the Statute clearly provides that “*every person has a right to a healthy environment*”,¹⁷⁹ a right that is also recognised as such under the Constitution of the Republic of Uganda,¹⁸⁰ it leaves out the right of individuals and groups of individual within the community to enforce their right through access to court and only vests this right in the institutions that are established in the NEMA Statute. This is a big lacuna in the law because these institutions that are responsible for not only implementing but also monitoring and evaluation of the environment may not be best placed to further the right to a healthy environment by having the sole right to sue. This is true especially since most environmental impacts are local, and citizens frequently know their particular local area more intimately than government or its agencies and functionaries.¹⁸¹ However, the lacuna in section 4 of the Statute is counterbalanced by section 72 of the same Statute which provides that “*without prejudice to the powers of the authority ... the court may, in any proceedings brought by any person, issue an environmental restoration order ... It is not necessary for the plaintiff under this section to show he has a right or interest in the property in the environment or land alleged to have been harmed ...*”.¹⁸² This provision has been held by the High Court of Uganda to give locus for class action and public interest litigation in environmental matters. It has also been held that this section removes once and for all restrictions on standing to sue and locus that require a plaintiff to show a right or interest in order to sustain an action in law.¹⁸³

The provisions regarding *locus* in Uganda are further strengthened by the constitutional guarantees on access to justice. Article 50 of the Constitution of the Republic of Uganda provides that “(1) *Any person who claims that a fundamental right or freedom guaranteed under the constitution has been infringed or threatened is entitled to apply to a competent court for redress which may include compensation. (2) Any person or organisation may bring an action against the violation of another person’s or group’s human rights.*” The fundamental rights and freedoms provided for under the Constitution include the right to a clean and healthy environment provided for under Article 39 of the Constitution. It is therefore clear from the provisions of Article 50 of the Constitution of the Republic of Uganda and Section 72 of the NEMA Statute that *locus* to sue on environmental matters in Uganda is a guaranteed right which removes the exclusive right to sue on environmental matters to the National Management Authority and Environment Committees.

¹⁷⁸ Section 4(3).

¹⁷⁹ Section 4(1).

¹⁸⁰ See Article 39 of the Constitution of the Republic of Uganda.

¹⁸¹ Bruch, C. *et al.*: *supra* note 17.

¹⁸² See section 72 of the NEMA Statute.

¹⁸³ National Association of Professional Environmentalists (NAPE) v. AES Nile Power Ltd. H.C.S No. 700/96. For a full discussion on Locus and Public interest Litigation in Uganda see Tumushabe, G. and Mwebaza. R., “The Public Trust Doctrine and Environmental Litigation in Uganda”, *ACODE Research Series*, February 2001.

It is also important to note that the Statute in its provisions on administrative remedies states that “Where the statute empowers the Authority or any of its organs to make a decision, the decision may be subject to appeal within the structure of the authority in accordance with such administrative procedures as may be established for the purpose and the decisions shall not be called into question by any court.”¹⁸⁴ This provision on access to administrative justice is inconsistent with the right to access to justice, which gives the High Court of Uganda original jurisdiction¹⁸⁵ to handle all matters which are competently introduced before it. The High Court’s original jurisdiction includes review of administrative procedures and decisions. Moreover, the Constitution also provides that¹⁸⁶ “Any person appearing before any administrative official or a body has a right to be treated justly and fairly and shall have a right to apply to a court of law in respect of any administrative decision taken against him or her” It is therefore inappropriate for the National Environment Statute, which recognises¹⁸⁷ the original jurisdiction of the high court of Uganda and which is hierarchically below the constitution in terms of application of the law to try to oust the jurisdiction of the High Court and other courts which the Constitution clearly preserves.

3. Improving Access to Information, Public Participation and Access to Justice in Uganda

The analysis of the policy and legal framework for environmental protection in Uganda reveals that the country has taken several steps to promote and improve environmental procedural rights. The legal and policy framework for environmental protection in Uganda includes several provisions that promote and guarantee environmental procedural rights.

However, the analysis also reveals that, in spite of Uganda’s best efforts, its national regime of environmental procedural rights is still not comprehensive or exhaustive enough, thus leaving room for improvement.

There are several challenges that still face the implementation of the right to access to environmental information in Uganda:

- The procedures for accessing environmental information that are provided for in the NEMA Statute have not been put in place, six years after the Statute came into force.
- The prescribed fees for accessing environmental information in Uganda have not been set, six years after passing the NEMA Statute.
- The exceptions on access to environmental information have no guidelines thus leaving a lot of discretionary power to individual government officials to determine what information is or is not accessible to the public.
- There are no procedures or guidelines within the law on how the public can access environmental information from private sector industrial facilities and the different government agencies to ensure access to all available information on the environment.
- The Policy provides for the establishment of the National Environment Management Authority as the co-ordinating authority for all environmental matters in Uganda. How-

¹⁸⁴ See Section 105 (a) of the NEMA Statute.

¹⁸⁵ See Article 139(1) of the Constitution of the Republic of Uganda.

¹⁸⁶ See Article 42 of the Constitution of the Republic of Uganda.

¹⁸⁷ See Section 105(b) of the NEMA Statute.

ever, the Policy does not contain a clear mandate that provides for how the Authority will ensure that all environmental information in the country is accessible to the public especially for information that is not held by NEMA but by another private organization or government departments or ministries.

Prior to the passing of the National Environment Policy and the enactment of the National Environment Statute, the National Environment Action Plan of 1994 noted that the major problems relating to environmental information in Uganda were:

- Inadequate national mechanisms for the dissemination of information between the data source and potential users;
- Limitations with regard to availability, quality, coherence and standardisation and accessibility which in turn impairs the ability to make informed decisions concerning the environment and development; and
- Lack of a co-ordinated national environmental information system to monitor the quantity and quality of environmental resources.

Several years after the adoption of the National Environmental Policy and the National Environment Statute, most of these problems still persist. For example, the statute requires the National Environment Management Authority to publish a state of the environment report every two years.¹⁸⁸ In the six years since the passing of the statute, three state of the environment reports have been published.¹⁸⁹ However, on average only 5000 copies of the report are produced, a figure which is hardly enough to cover the 20 million people in Uganda. Moreover, this report is produced only in English, leaving a great majority of Ugandans who do not speak English without effective access to environmental information. Also, this report is distributed free of charge only to government institutions, all district urban authorities, institutions of higher learning and public libraries. Members of the public generally do not have access to these institutions and so they have to buy the report. The cost of the state of the environment report in Uganda is 18,000 shillings, which is approximately ten dollars¹⁹⁰ a figure that is quite high for many ordinary citizens given that 55%¹⁹¹ of the population are below the national poverty line. Additionally, the National Environment Management Authority does not generally produce any other periodic reports or information on the environment that are accessible to the public in Uganda.

In addition to the challenges relating to access to information, there are also several challenges still facing public participation in environmental matters in Uganda.

- The National Environment Management Policy provides that there shall be guidelines for public participation in environmental matters. However, these guidelines are not in place and there is no indication that there are any plans to draft these guidelines in order to make the realisation of the right to public participation in environmental matters a reality in Uganda.
- Neither the Policy nor the Statute recognises the right to public participation in environmental matters in Uganda. There are general provisions that are basically aimed at

¹⁸⁸ Section 87(2) of the NEMA Statute.

¹⁸⁹ 1996, 1998 and 2001.

¹⁹⁰ The current exchange rate for the dollar in Uganda is \$1: 1740.

¹⁹¹ See FAO report on the Assessment of the World Food Security Situation for the 28th Meeting of the Committee on World Food Security 6-8 June 2002.

encouraging and promoting public participation in environmental matters but they do not go so far as to create a right to public participation in environmental matters in Uganda. Accordingly, there is no legal basis for enforcing the right to public participation in government policies, plans or programmes.

- Public participation in government programmes, plans and policies is normally by invitation of a few civil society organisations and experts. For example, the Forest Department initiated the drafting of a new Forestry Policy in Uganda in 1996/97 but only invited the public to participate after it produced the first draft, whereupon intensive consultation with various NGOs and stakeholders was undertaken. The public was given 31 to 60 days to provide written comment on the proposed policy.
- The public is generally not consulted or involved in the process of awarding concessions, permits or licences. For example, in the forestry sector, the screening of permits is restricted to the Guidelines and Standards Committee. The Guidelines and Standards Committee bases its selection on criteria/guidelines exclusively provided by the Forest Department, without any public consultation or participation. There is basically no consultation with any interest groups in the processing and awarding of concessions and permits. This lack of public participation can have severe consequences. For example, in 1998 the Kakira sugar works was awarded a permit in the Butamira forest reserve to grow sugar cane without consulting the community living adjacent to the forest. This resulted in an uprising among the local community in the area, which learnt that they would lose access to the forest, which contributed to their subsistence. The resultant uprising led to the establishment of a Parliamentary inquiry which recommended the suspension of the commissioner who issued the permit and cancellation of the permit to Kakira sugar works.
- The public does not generally receive notification of intent by any sectoral agency to develop a policy, law, award, concession or permit. However, the situation is slowly changing. For example, following NGO participation in the development of the Forestry Policy in Uganda in spite of the short notice that was given, the National Forestry Co-ordination secretariat did notify the participating NGOs of the intention to draft a new Forestry Law for Uganda. This enabled the participating NGOs to mobilise other civil society groups to form an NGO Forestry working group which has been very effective in engaging government and participating in the process of developing the new Forestry Law in Uganda.
- Notice to carry out EIAs is normally given but usually at very late stages after the EIA has been conducted and members of the public are asked to comment on the EIA draft report. For example, the EIA of the Bujagali Power Project had to be redone under World Bank supervision because the initial one was found defective for not involving the public.

It is also important to note that Uganda's 1995 framework Policy statement on the environment contains no policy statement on the right to access to either administrative or judicial justice in environmental matters. The National Environment Statute provides for administrative redress; however, there are no guidelines on how the public can submit claims to the National Environment Management Authority.

In addition to the shortcomings in the policy and legal framework for the promotion of environmental procedural rights in Uganda, there are several other extra-legal shortcomings that need to be addressed in order to improve environmental procedural rights. This is important because in order to improve access to information, public participation and access to justice in environmental matters in Uganda, it will also require effective implementation mechanisms and there are several challenges that need to be dealt with in this regard.

- There is generally no institutional support among the various government departments and ministries to facilitate public access to information, public participation and access to

justice. Most government departments and ministries dealing with environmental information do not have an officer to deal with public participation issues and to facilitate public access to information at all times. Moreover, where these officers exist, they are normally public relations officers responsible for communicating government policy and directives and therefore lack appropriate training and skills to support public participation rights.

- There is a lack of financial and human capacity by government to collect and disseminate information relating to the environment. For example, the state of the environment report in Uganda is published with the support of matching funds and expertise from the World Bank. However, the current budget read by the Minister of Finance indicates¹⁹² that the government will not be able to raise the matching funds for the publication of the next state of the environment report. This means that the National Environment Management Authority will not be able to gather information it needs for the state of the environment report, thus affecting dissemination of the major source of environmental information in Uganda.
- There is no continuous monitoring mechanism for environmental information. Accordingly, any information that is available to the public is devoid of analysis and is fragmented which makes it difficult for any member of the public who wishes to rely on it to participate in any environmental activity. The National Environment Management Authority that is responsible for co-ordinating all environmental issues in Uganda does not have the finances and personnel to carry out continuous environmental monitoring in Uganda.
- Public policy outside the environment sector to support public access to information, public participation and access to justice still poses big challenges. For example, public participation in environmental matters in Uganda has mostly been through organised civil society groups, especially NGOs. However, a proposed NGO Bill seeks to severely curtail NGO registration by providing for tedious registration requirements and providing for severe punishments and deregistration of NGOs that are deemed to be operating against the “public interest”. No definition of public interest is given in the proposed law, thus leaving its interpretation to the discretion of government officials and politicians. If passed into law, this bill would severely limit the association rights of civil society and the number of NGOs participating in environmental matters for fear of their activities being deemed against “public interest” especially if the activities involve criticising or protesting against government policies or programmes.
- There is a general lack of awareness among the people of Uganda of what environmental procedural rights are. Therefore, very few people can enforce their right of access to information, demand participation in government programmes and plans or even enforce their environmental rights in courts of law. Accordingly, it is important to increase the capacity of the public to seek remedy or to enforce their right to information or participation in government policies, plans and programmes and to enforce their environmental rights generally. This is going to require a lot of public education in environmental matters. Government needs to take on a positive responsibility to create public awareness in environmental issues and to make sure that the public has access to environmental information in order to facilitate effective public participation in environmental matters in Uganda.

¹⁹² The annual Budgets of the three East African States of Uganda, Kenya and Tanzania are read on the same day every year in June. The one for the Financial year 2002/2003 was read on the 21st June 2002.

Therefore, given the shortcomings in Uganda's environmental procedural rights regime, there is a need to improve in order to achieve environmental protection and sustainable development. Uganda can take a double pronged approach in order to achieve this. It can amend its laws in order to reflect a more comprehensive regime of environmental procedural rights. As indicated in the analysis of Uganda's environmental procedural rights regime, there is quite a lot already provided for in its policy and legal framework which would form the basis for the expansion and creation of a more comprehensive regime of environmental procedural rights. This approach would enable Uganda to improve its environmental procedural rights regime since it already has a policy and legal framework for environmental protection. In reviewing its framework laws for environmental protection in order to improve its environmental procedural rights, Uganda could draw on the experiences of other countries.¹⁹³ In addition, Uganda could also draw from the experiences of international and regional instruments.¹⁹⁴ It is important to note that in order for this approach to work effectively, it would require mustering the good will of the different government agencies and departments to see the reform process through. Additionally, the government would face the challenge of securing resources, both human and financial, to carry the process of reviewing and amending the laws forward to reflect a more comprehensive and cognitive regime of environmental procedural rights.

In addition to reviewing and amending its national legislation, Uganda, like other UN member countries, has the option to accede¹⁹⁵ to the Aarhus Convention. There have been arguments that this approach may not be appropriate since Uganda, like other non-ECE countries, was not party to the negotiations that led to the adoption of the Aarhus Convention. It is further argued that because of this lack of participation, the environmental procedural rights so eloquently and elaborately provided for in the Aarhus Convention may not reflect the Ugandan context well enough to take into account its peculiar circumstances.¹⁹⁶ Moreover, the argument continues, by merely acceding to the Aarhus Convention, Uganda would miss the opportunity for the participatory process that is involved in negotiating and coming up with an instrument such as one on environmental procedural rights which would include the participation of all interested members of the public.¹⁹⁷ Further still, drawing up its own domestic legislation as opposed to simply acceding to the Aarhus Convention would enable Uganda to incorporate procedural rights by drawing on the unique and diverse traditional practices and customs of its people, some of which

¹⁹³ See Bruch, C. *et al.*: *supra* note 17. Examples of countries Uganda could look to include South Africa, Zambia, Niger, Nigeria and several other African countries. Additionally, Uganda often looks to the United Kingdom, its former colonial master, because most of its legal framework was drawn based on the U.K. and its former colonial empires, especially India. As a member of the EU and signatory to the Aarhus Convention, the U.K. would provide some invaluable lessons for the development of Uganda's legal framework for the promotion of environmental procedural rights.

¹⁹⁴ The best example of instruments Uganda can draw from are the MOU discussed in section 2.3 above and the Aarhus Convention. However, other international instruments like the Rio Declaration and others that seek to promote environmental procedural rights though soft law can play an important role in providing the basis for legitimacy for Uganda to improve its environmental procedural rights regime as part of fulfilling its commitments under these international instruments.

¹⁹⁵ Article 19.3 of the Aarhus Convention provides that: Any other state not referred to in paragraph 2 above that is a member of the United Nations may accede to the Convention upon approval by the meeting of the Parties.

¹⁹⁶ Bruch, C. *et al.*: *supra* note 17, p. 10444.

¹⁹⁷ *Id.*

can provide models for community participation.¹⁹⁸ In addition, Uganda's current system of decentralisation¹⁹⁹ has opened hitherto unavailable space that can be used to expand community participation in the promotion of procedural rights in environmental legislation in the country. In particular, the participatory way in which decisions and policies are formulated under the Local Council system in Uganda provides a valuable opportunity for involving the community in any policy or legal process leading to the improvement of Uganda's environmental procedural rights regime. Such opportunity for community participation would be missed if Uganda simply chose to accede to the Aarhus Convention.

However, it is also important to note that there are some benefits that Uganda would gain if it chose to simply accede to the Aarhus Convention. First, it would save on the time and cost entailed in negotiating an instrument at the regional level such as one seeking to promote and guarantee environmental procedural rights. Secondly, there exists within the UNECE and other affiliated countries and organisations opportunities for financial and technical support that would go a long way in helping a poor country like Uganda seeking to join the Aarhus Convention improve its environmental procedural rights regime.²⁰⁰

At the regional level, Uganda, as part of the East African Community, has the opportunity to work with its partner states in the process of developing an Environmental Protocol to the East African Treaty, towards the incorporation of wider and more comprehensive provisions on procedural rights. In incorporating procedural rights in the environmental protocol, Uganda together with her partners in the East African Community may draw upon the experiences of the Aarhus Convention as well as other international and regional instruments that reflect to a greater degree the emerging norms in international law relating to the three rights of access to information, participation and access to justice. At the African level, the proposed revision of the African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources further presents opportunities for Uganda to work with other African Countries to expand the use of environmental procedural rights in the continent.

The most important purpose that would be served by Uganda joining any regional and/or international initiatives for the promotion of environmental procedural rights would be to strengthen its procedural rights base as already provided for in its national legal and policy framework. Additionally, any regional or international commitments that Uganda would undertake in order to promote environmental procedural rights would further seek to crystallise its environmental rights regime by not only making it accountable to its citizens but also to the entire world wide public as part of its commitment to its international obligations under these instruments.

VI. Conclusion

The paper has examined the concept of environmental procedural rights and has shown that these rights have developed over the years in response to the recognition that environmental protection and sustainable development can only be achieved with the participation of all concerned citizens at the relevant level. An exposition of environmental procedural rights at the international level revealed that the progress in the development of environmental procedural rights can be traced back to the watershed event of the Stockholm Conference on the Human Environment. At the regional level, the developments indicate that different regions of the world are all in one way or the other working towards the promotion and realisation of environmental procedural rights.

¹⁹⁸ *Id.*

¹⁹⁹ Provided for in the Local Governments Statute 1997.

²⁰⁰ Bruch, C. *et al.*: *supra* note 17, p. 10444.

The analysis of Uganda's environmental procedural regime revealed that Uganda has gone a long way in promoting environmental procedural rights. However, in spite of its best efforts, there is still a lot that needs to be done in order to make Uganda's environmental procedural rights regime more comprehensive and in order to contribute to environmental protection and sustainable development.

Protection de l'environnement naturel et propriété privée

Edgar Fernández Fernández

Juillet 2003

I. Introduction

Ce rapport analyse différents instruments juridiques utilisés dans un but de protection de la nature qui touchent d'une manière ou d'une autre la propriété privée. Un seul instrument pouvant adopter les formes les plus variées selon les législations, il est impossible de les mentionner tous. Ce rapport entend donc seulement faire une analyse générale de ce type d'instruments et donner quelques exemples spécifiques.

Une grande partie des terres d'importance écologique appartiennent à des propriétaires privés. Pour donner seulement un exemple significatif, dans le territoire continental des Etats-Unis, trois quarts des zones humides se trouvent sur des terres privées.¹ Il faut mentionner également le processus de privatisation des forêts qui se déroule dans certains pays de l'Europe centrale et de l'Est comme conséquence de leur transformation politique, économique et sociale à partir du début des années quatre-vingt-dix.²

Il est donc normal qu'à un moment ou à un autre les intérêts personnels des propriétaires soient confrontés à l'intérêt général de la conservation de la nature. La question se pose donc de savoir quels sont les instruments à utiliser, de façon à accomplir le double objectif de protéger la nature et de respecter la propriété privée.

Les instruments les plus controversés sont ceux relevant d'une logique de droit imposé, c'est-à-dire, ceux qui sont conçus et imposés unilatéralement par l'Etat, sans prendre en compte de quelque manière que ce soit la volonté des propriétaires. Ces instruments concernent essentiellement l'acquisition publique et les restrictions à l'usage des biens.

D'une part, l'acquisition publique est l'un des moyens les plus sûrs pour assurer la protection à perpétuité, bien que rien ne peut empêcher qu'un jour l'Etat décide de donner une autre destination aux terrains acquis. L'Etat en tant que propriétaire peut imposer des restrictions absolues sur ses terrains, comme par exemple interdire l'accès et la réalisation d'activités par des tiers, et il peut aussi plus facilement mettre en place des mesures de gestion. D'autre part, bien que l'acquisition publique, notamment à travers sa forme la plus traditionnelle, l'expropriation, puisse être considérée par certains comme la mesure la plus radicale – car elle implique la privation de la propriété – elle peut être considérée par d'autres comme la mesure la plus respectueuse de la propriété privée car elle implique théoriquement une indemnisation juste.

Les restrictions à l'exercice du droit de propriété consistent généralement en des obligations de ne pas faire, et exceptionnellement en des obligations de faire. Les difficultés rencontrées par ces instruments concernent un problème de degré des restrictions: jusqu'où peuvent-elles limiter la manière dont sera utilisée la terre par son propriétaire sans que cela implique une dénaturation de la propriété privée? Le point d'équilibre dépend essentiellement de la perception qu'on a du droit de propriété. Si on part d'une conception de ce droit comme étant un droit absolu et illimité, alors les restrictions les plus faibles à son exercice seront considérées comme une atteinte audit droit. Par contre, si on part d'une conception du droit de propriété comme étant un droit limité par nature, et qui en plus entraîne des devoirs envers la société et la collectivité, qui se traduisent par une fonction

¹ Di Leva, C. E., "The Conservation of Nature and Natural Resources through Legal and Market-Based Instruments", *Review of European Community & International Environmental Law (RECIEL)*, Vol. 11 (1), Blackwell, 2002, p. 84.

² Voir Prokofieva, I. et Palahí, M., "Incentives to Sustainable Forest Management – a Key issue in Russian Forestry", *EFI News*, Vol. 10, N° 2, février 2003, p. 6, et Marghescu, T., *Nature conservation in private forests of selected CEE countries: Opportunities and constraints*, IUCN European Regional Office, Tilburg (The Netherlands), 2000, pp. 8 et 12.

sociale et même par une fonction écologique, la barre de l'atteinte à ce droit sera placée beaucoup plus haut.

La controverse concerne aussi précisément le caractère imposé de ces instruments, car les propriétaires, notamment ceux qui ne sont pas sensibilisés aux problèmes écologiques, ou ceux dont la subsistance dépend étroitement de l'exploitation des ressources naturelles contenues dans leurs terrains, ne seront pas toujours prêts à respecter les dispositions qui leur sont imposées. Ceci introduit aussi le problème de la difficulté du contrôle et de l'application de ces mesures.

Malgré les controverses autour des instruments imposés, il est généralement reconnu qu'ils sont nécessaires pour encadrer d'une certaine manière les actions des propriétaires, lesquels conservent toujours un certain degré de liberté mais dans le cadre défini par l'Etat.

Des instruments volontaires ont été conçus comme complément aux instruments imposés, de façon à associer les propriétaires à la conservation de la nature. Deux types d'instruments volontaires peuvent être distingués: ceux qui sont conçus pour que les propriétaires adhèrent volontairement à des régimes préétablis par l'Etat, et ceux qui relèvent d'une technique contractuelle. Les premiers se trouvent plutôt à mi-chemin entre le droit imposé et le droit négocié, ayant de ce fait un caractère mixte. Les deuxièmes relèvent plus du droit négocié, en raison de leur flexibilité.

Il s'avère nécessaire et urgent de mettre en place des instruments juridiques de protection volontaire pour les terrains privés, notamment dans les pays en voie de développement, dans lesquels l'acquisition publique comme instrument de la conservation de la nature n'est pas très viable principalement à cause des coûts financiers qu'elle représente. C'est ainsi que l'expérience démontre l'incapacité des Etats à acquérir les terrains privés inclus dans le périmètre des aires protégées étatiques. Ainsi, au Mexique, 70% de la surface des aires naturelles protégées appartient toujours à des propriétaires privés.³ Au Costa Rica, ce chiffre est d'environ 54%.⁴

Au Honduras, par exemple, une municipalité qui cherchait à protéger des sources d'eau de grande importance a préféré l'utilisation d'un instrument de protection volontaire, en l'occurrence une servitude de droit privé, à l'utilisation de l'expropriation, car elle a considéré que la procédure et les conditions de cette dernière étaient compliquées, lentes, coûteuses, et mal vues par la communauté. A cela il faut ajouter les coûts de la gestion et de la surveillance après l'acquisition.⁵

Bien que ce rapport comprenne une partie sur les instruments relevant du droit imposé et une autre sur ceux relevant du droit négocié, on n'entend prendre parti ni pour les uns ni pour les autres: la meilleure solution pour la conservation de la biodiversité est la combinaison de ces deux types d'instruments, et même de ceux-ci avec d'autres techniques, tels que les incitations,⁶ lesquelles ne seront pas traitées dans ce travail.

³ Gutiérrez Lacayo, M., Bacmaister, A., Ortiz Martínez de Kores, G., *et al.*, *Herramientas Legales para la Conservación de Tierras Privadas y Sociales en México*, PRONATURA, A. C., México, D. F., 2002, introduction.

⁴ Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC), *Tenencia de la Tierra en las Áreas Silvestres Protegidas de Costa Rica*, San José, octobre 1999, p. 2.

⁵ Dada, J. J., *Servidumbres Ecológicas e Incentivos para la conservación de cuencas hidrográficas. La experiencia en el Lago de Yohoa, Honduras*, année non-indiquée, pp. 9-11.

⁶ "In the large majority of circumstances, and recognising multiple objectives, biodiversity conservation will be achieved most effectively via a mix of instruments and mechanisms targeted to the suite of pressures extant at any location". Young, M. D. et Gunningham, N., "Mixing Instruments and Institutional Arrangements for Optimal Biodiversity Conservation", in OECD, *Investing in Biological Diversity: The Cairns Conference*, OECD, Paris, 1997, p. 141.

Il n'est pas approprié de faire dépendre la conservation de la nature exclusivement des instruments imposés ou exclusivement des instruments négociés.⁷ Malgré tous les avantages de ces derniers, ils ne peuvent pas suffire.⁸ Les instruments imposés doivent servir de toile de fond pour les négociations.⁹ La base de départ ne peut pas être la liberté absolue des propriétaires. Les instruments imposés doivent donner un cadre général, et les instruments négociés doivent jouer un rôle complémentaire, de façon à permettre d'atteindre des objectifs spécifiques de conservation de la nature sur les terres privées.

On analysera d'abord les instruments relevant d'une logique de droit imposé (II.), et ensuite ceux relevant d'une logique de droit négocié (III.).

II. Instruments relevant d'une logique de droit imposé

Les instruments les plus utilisés traditionnellement pour la mise en œuvre des politiques de protection de l'environnement naturel touchant la propriété privée sont ceux relevant du droit imposé.

Ces instruments peuvent être classés en deux catégories: une première, qui regroupe ceux visant l'acquisition publique (1.), et une deuxième, qui concerne ceux visant la restriction, au sens large du terme, des formes d'utilisation de la terre par le propriétaire (2.).

1. Acquisition publique

L'acquisition publique prévue dans le cadre de la protection de l'environnement naturel n'a pas dans tous les cas les mêmes objectifs. Il faut distinguer l'acquisition dont l'objectif principal est ladite protection proprement dite et celle dont l'objectif principal est la compensation aux propriétaires privés. Dans ce titre premier, on se bornera à analyser le premier cas, tandis que le deuxième sera analysé plus loin.¹⁰

Ce type d'acquisition trouve son fondement exclusivement dans l'intérêt général de la protection de la nature. Dans cette hypothèse, les acquisitions peuvent être décidées soit pour soumettre un terrain au régime spécial applicable dans une zone protégée, soit pour empêcher que des terrains se trouvant en dehors des zones protégées soient l'objet d'activités, d'aménagements, ou de constructions pouvant altérer leur état naturel.

On se trouve exclusivement dans le champ de l'unilatéral, car l'initiative et la décision d'acquérir ne relèvent que de l'Etat, sans aucune demande ou intervention de la part des propriétaires.

⁷ De Klemm, C. et Shine, C., *Biological Diversity Conservation and the Law*, IUCN, Gland (Switzerland) and Cambridge (U.K.), 1993, p. 175, et De Klemm C. et Shine, C., "Mesures juridiques pour la conservation des espaces naturels", *Sauvegarde de la nature*, N° 82, Conseil de l'Europe, 1996, pp. 65, et 137-140.

⁸ "Conservation easements (...) are not a substitute for government regulation or for public ownership of land". Morrisette, P. M., "Conservation Easements and the Public Good: Preserving the Environment on Private Lands", *Natural Resources Journal*, Vol. 41, N° 2, 2001, p. 378.

⁹ Farrier, D., "Conserving Biodiversity on Private Land: Incentives for Management or Compensation for Lost Expectations?", *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 19, N° 2, 1995, p. 391.

¹⁰ Voir *infra*, II., 2.2.1, p. 18.

Il s'avère nécessaire, tout d'abord, de distinguer les hypothèses où l'acquisition constitue une faculté ou une obligation pour l'Administration (1.1), et ensuite d'analyser brièvement les instruments classiques d'acquisition publique utilisés dans le but de protection de la nature (1.2), le choix de ces derniers dépendant de la première situation.

1.1 Caractère obligatoire ou facultatif

L'acquisition publique ayant comme objectif principal la protection de la nature peut être pour l'Administration soit une faculté (1.1.1), soit une obligation (1.1.2).

1.1.1 Acquisition facultative

L'acquisition publique ayant comme objectif principal la protection de la nature est le plus souvent une faculté pour l'Administration. Dans ces cas, la loi investit cette dernière, qu'il s'agisse d'un ministère, d'une collectivité territoriale, ou d'un organisme public de protection de la nature, du pouvoir de décider de l'opportunité d'acquérir des terrains privés dans un but spécifique. Le plus souvent, la loi établit les circonstances dans lesquelles des terrains privés sont susceptibles d'expropriation, tout en laissant à l'Administration le pouvoir de décider dans quels cas leur acquisition est ou n'est pas nécessaire.

Un exemple est celui, en Argentine, du Décret national No. 710/95 du 13 novembre 1995, qui déclare d'utilité publique et susceptibles d'expropriation les forêts classées en forêts de protection et/ou permanentes,¹¹ et autorise l'Etat à exproprier quand le propriétaire d'une forêt de protection refuse d'effectuer des travaux de forestation ou de reforestation sous la supervision de l'Etat, ou quand il refuse d'accepter que l'Etat effectue lesdits travaux.¹²

L'acquisition publique facultative est aussi souvent prévue comme l'ultime recours dans les hypothèses d'échec des négociations entre l'Etat et un propriétaire pour passer des accords de conservation ou de gestion. En Angleterre, par exemple, dans les Sites d'intérêt scientifique particulier (SSSI), en cas d'échec des négociations d'une convention de gestion avec le propriétaire, le Ministre de l'environnement peut procéder dans certains cas à l'expropriation du fonds.¹³

1.1.2 Acquisition obligatoire

Exceptionnellement, la loi peut également imposer à l'Administration, dans un but de protection de la nature, l'obligation d'acquérir des terrains privés. L'exemple le plus typique est celui de l'établissement d'aires protégées ayant une catégorie de gestion de protection absolue, c'est-à-dire, dont les objectifs sont incompatibles avec des activités humaines, comme c'est le cas de la Catégorie I de l'UICN.¹⁴ C'est le cas aussi de plusieurs pays qui ont instauré des parcs nationaux

¹¹ Article 3. Parmi les forêts de protection, selon l'article 6, on peut citer celles qui protègent le sol et celles qui protègent le régime des eaux. Parmi les forêts permanentes, selon l'article 7, on peut citer celles qui forment les parcs nationaux et autres aires protégées, ainsi que celles contenant des espèces dont la conservation est jugée nécessaire.

¹² Article 15.

¹³ De Klemm C. et Shine, C., "Mesures juridiques pour la conservation des espaces naturels", *op.cit.*, p. 40.

¹⁴ Voir *infra*, II., 2.1.2, p. 13.

en s'inspirant du modèle des Etats-Unis, qui exclut implicitement dans leur définition toute exploitation et occupation humaine dans leur périmètre.¹⁵

Dans ces hypothèses, l'Administration conserve le pouvoir de décider quels terrains privés doivent être inclus dans le périmètre de l'aire protégée de façon à accomplir les objectifs de la catégorie de gestion concernée. Cependant, une fois que l'aire protégée est établie, l'Administration est obligée d'effectuer l'acquisition.

Au Costa Rica, le législateur est allé encore plus loin en établissant l'obligation pour le Ministère de l'environnement d'acheter ou d'exproprier les terrains privés inclus dans le périmètre d'aires protégées appartenant à n'importe quelle catégorie de gestion. La seule situation dans laquelle le ministère est exempté de cette obligation est l'hypothèse où le propriétaire accepte, à la demande dudit ministère, de soumettre sa propriété au régime de restrictions spécifique à la catégorie de gestion concernée.¹⁶

1.2 Instruments classiques

Nous traiterons ici de deux instruments classiques d'acquisition publique utilisés dans l'objectif principal de la protection de la nature: l'expropriation (1.2.1), et le droit de préemption (1.2.2).

1.2.1 L'expropriation

La procédure d'expropriation fait partie des prérogatives de puissance publique de l'Etat. Elle suppose certaines conditions fondamentales qui constituent des garanties pour les propriétaires contre l'arbitraire. L'une de ces conditions est qu'elle doit être fondée sur une cause d'utilité publique. Pour pouvoir recourir à cette procédure dans un but de protection de la nature, il faut alors que cette protection soit reconnue comme portant un intérêt général suffisant.

D'autres conditions portent sur l'indemnisation. La procédure d'expropriation implique normalement, à l'exception des cas d'urgence, le paiement préalable d'une indemnité, laquelle doit être également juste. L'approche de ces conditions varie selon les pays. Par exemple, il existe des divergences sur l'indemnité: doit-elle, par exemple, être payée préalablement au transfert de propriété, ou préalablement à la prise de possession du bien par l'Etat? Ou encore, pour qu'elle soit juste, doit-elle ou non prendre en compte les réductions de la valeur du terrain qui résultent des restrictions imposées par l'Etat?

Dans le cadre de la procédure d'expropriation, on peut généralement distinguer dans les législations deux cas de figure: un premier qui est négocié et qui peut aboutir, en cas d'accord amiable, à un achat, et un deuxième qui a lieu faute d'accord, et qui se conclut par une expropriation. Dans le premier cas, il s'agit d'une sorte d'achat forcé, tandis que dans le deuxième, il s'agit de l'expropriation pure et dure.

¹⁵ Jeffery, M. I., "National Parks and Protected Areas: Approaching the Next Millennium", *Conference Proceedings. Environmental Justice and the Legal Process*, University of Cape Town, South Africa, et Macquire University, Sydney, Australia, avril 1998, p. 67.

¹⁶ Le troisième paragraphe de l'article 37 de la Loi organique sur l'environnement, N° 7554 de 1995, dispose: "Les terrains privés affectés, selon les dispositions de cet article, du fait d'être situés dans des parcs nationaux, des réserves biologiques, des refuges de vie sauvage, des réserves forestières et des zones protectrices, ne seront compris dans les aires sauvages protégées étatiques qu'à partir du moment où le paiement ou l'expropriation ont été légalement effectués, sauf dans les cas où ils soient soumis volontairement au régime forestier".

Bien que l'achat relève par définition du droit négocié, dans le cadre de la procédure d'expropriation la liberté de négocier est cependant restreinte pour le propriétaire privé, car son consentement ne peut concerner que le prix de la cession. Il n'est libre ni de négocier quel bien fera l'objet de l'acquisition publique, ni de décider de transférer ou non son bien. C'est l'Etat qui décide unilatéralement, appuyé normalement sur des études scientifiques, d'acquérir un bien déterminé, nécessaire à l'obtention d'une finalité d'intérêt général de protection de la nature. L'achat auquel on fait référence n'offre donc au propriétaire que la possibilité de négocier et d'accepter ou non un prix. Il est évidemment dans une position de faiblesse par rapport à l'Etat pour négocier le prix, car la négociation se fait sous la menace d'une expropriation. Le propriétaire n'a pas, par exemple, la faculté de décider de ne pas transférer son bien à l'Etat car, s'il n'y a pas accord sur le prix et il ne veut pas vendre, il sera en fin de compte exproprié. Il est donc possible d'affirmer que l'achat, dans la procédure d'expropriation constitue, au même titre que l'expropriation pure et dure, un type de transfert forcé de propriété. La différence principale entre l'un et l'autre est que, dans le premier cas, le montant de l'indemnisation est décidé d'un commun accord entre les parties, tandis que dans le deuxième, il est fixé par le juge.

Malgré le développement d'autres techniques relevant d'une logique de droit imposé et de droit négocié, l'expropriation continue à être un outil important des politiques de protection de la nature d'un grand nombre d'Etats. Par exemple, à l'exception de la Bulgarie, la plupart des pays d'Europe centrale et de l'Est prévoient la possibilité d'acheter ou d'exproprier des forêts privées situées dans des aires protégées.¹⁷

1.2.2 Le droit de préemption

Le droit de préemption permet à l'Administration d'acquérir prioritairement les immeubles mis en vente par leurs propriétaires à l'intérieur d'une zone déterminée. Le propriétaire d'un terrain situé à l'intérieur d'une zone de préemption doit informer l'Administration titulaire du droit de préemption de toute intention de vendre son terrain, le contrat de vente projeté ne pouvant être conclu que si l'Administration a informé le vendeur de sa décision de ne pas exercer ledit droit. L'exercice du droit de préemption a pour conséquence de faire de son titulaire le bénéficiaire de l'aliénation, celui-ci se substituant à l'acquéreur potentiel. Ce droit implique normalement une acquisition au même prix et dans les mêmes conditions que celle prévue avec ledit acquéreur.

En Espagne l'Administration compétente est investie d'un droit de préemption s'agissant des aliénations à titre onéreux de terrains situés à l'intérieur des espaces naturels protégés.¹⁸

En France, l'article L. 142-3 du Code de l'urbanisme autorise les départements à créer des zones de préemption pour la mise en œuvre d'une politique de protection, de gestion et d'ouverture au public des espaces naturels sensibles, à l'intérieur desquelles ils disposent d'un droit de préemption "*sur tout terrain ou ensemble de droits sociaux donnant vocation à l'attribution en propriété ou en jouissance de terrains qui font l'objet d'une aliénation, à titre onéreux, sous quelque forme que ce soit*".¹⁹ Le droit de préemption français²⁰ présente une particularité, car il

¹⁷ Marghescu, T., *op.cit.*, p. 13.

¹⁸ Article 10, alinéa 3, de la Loi 4/1989 de Conservation des espaces naturels et de la flore et la faune sauvages.

¹⁹ Peuvent se substituer au département, dans l'exercice du droit de préemption, le Conservatoire du littoral, l'établissement chargé de la gestion d'un parc national ou d'un parc régional, et la commune. Voir Perinet-Marquet, H., "Le droit de préemption dans les espaces naturels sensibles", *RJE*, 2-1997, pp. 173-182.

²⁰ Articles L. 213-1 et s. du Code de l'urbanisme.

permet, en cas de désaccord sur le prix, à chacune des parties de saisir le juge de l'expropriation et, si le prix fixé par ce dernier ne lui apparaît toujours pas satisfaisant, de renoncer à l'acquisition ou à la vente.²¹

2. Restrictions apportées à l'usage des biens

L'Etat peut recourir aussi à l'établissement de restrictions à l'exercice du droit de propriété au moyen d'instruments les plus variés. Ce type de mesures restrictives soulève le problème de l'indemnisation du préjudice occasionné à ce droit. C'est pourquoi on analysera, d'abord, les types de restrictions à ce droit imposées par l'Etat dans un but de protection de la nature (2.1) et, ensuite, le problème de l'indemnisation (2.2).

2.1 Types de restrictions

Les restrictions apportées à l'usage des biens dans un but de conservation de la nature consistent en général en des obligations de ne pas faire: interdictions ou limites aux pouvoirs des propriétaires, ou encore établissement d'un système de permis pour la réalisation de certaines activités, et fixation de conditions pour l'obtention desdits permis. Elles consistent rarement en des obligations de faire, comme c'est le cas, par exemple, des mesures imposées aux propriétaires de gérer leurs terrains d'une certaine manière.

Les restrictions à la propriété privée peuvent être classées en trois groupes selon qu'elles ont pour objet la protection de certains types d'habitats ou d'écosystèmes (2.1.1), la protection de la nature dans des périmètres délimités dans un tel but (2.1.2), ou encore qu'elles portent, non pas sur des espaces, mais sur des activités (2.1.3).

2.1.1 Restrictions en vue de la protection de certain types d'habitats ou d'écosystèmes

Il s'agit de restrictions à caractère général, applicables sur l'ensemble du territoire d'un pays à tous les terrains constituant certains types d'habitats ou d'écosystèmes dont les caractéristiques sont définies par la loi, comme par exemple les forêts naturelles et les zones humides. Leur application ne dépend pas de la désignation d'un site spécifique par une autorité administrative quelconque.

Ce système de restrictions présente un problème de définition des types d'habitats et d'écosystèmes, et particulièrement de seuil. A partir de quel seuil est-il applicable? Par exemple, au Costa Rica, la Loi forestière²² établit un minimum de deux hectares pour qu'un écosystème boisé présentant certaines caractéristiques puisse être considéré comme étant une forêt naturelle, et qu'il puisse, en conséquence, bénéficier des mesures de protection spécifiques à ces forêts.

Le régime de restrictions applicable à ces types d'habitats ou d'écosystèmes sera étudié à partir de quelques exemples concernant les forêts naturelles, certaines essences forestières, les zones humides, et les zones environnantes de certains biotopes naturels.

- Forêts naturelles

Les restrictions applicables aux forêts naturelles peuvent être distinguées selon qu'elles visent le défrichage ou l'exploitation.

²¹ Chapus, R., *Droit administratif général*, Tome II, 15e éd., Montchrestien, Paris, 2001, pp. 687-691.

²² Article 3, alinéa 2.

Restrictions au défrichage

Des mesures différentes sont prises selon les pays dans le but d'éviter ou de contrôler la perte de la couverture forestière ou végétale.

Certaines législations interdisent le défrichage. Par exemple, au Costa Rica, la Loi forestière de 1996²³ pose comme règle générale l'interdiction de convertir la forêt naturelle à d'autres usages, y compris de lui substituer une plantation forestière. Quelques exceptions ponctuelles sont cependant prévues. Une telle règle est la conséquence de la reconnaissance de la valeur écologique de la forêt naturelle en tant qu'écosystème et en tant qu'habitat naturel.

D'autres législations ont instauré des systèmes d'autorisations, comme c'est le cas de certains Etats australiens²⁴ qui ont établi des systèmes à travers lesquels le défrichage de la végétation indigène ("*native vegetation*") ne peut avoir lieu que si une autorisation a été délivrée par une entité publique désignée à cet effet, et suivant des critères écologiques et économiques.²⁵

Restrictions à l'exploitation

Un instrument privilégié dans plusieurs législations pour contrôler l'exploitation des forêts naturelles est l'instauration d'un système d'autorisations dont l'octroi est conditionné par l'approbation d'un plan de gestion.

En Argentine, par exemple, l'exploitation des forêts naturelles est interdite sans l'autorisation de l'autorité compétente et sans l'élaboration d'un plan de gestion.²⁶

Au Costa Rica, la Loi forestière conditionne l'exploitation des forêts à l'approbation d'un plan de gestion "*tenant compte de l'impact qui peut être occasionné à l'environnement*".²⁷ Selon l'esprit de cet article, l'exploitation des forêts à travers des plans de gestion devrait permettre de conserver non seulement la couverture forestière, mais aussi tout l'écosystème qui en dépend. Dans ce but, les plans de gestion doivent être élaborés, approuvés, et exécutés, suivant les "*principes, critères, et indicateurs pour la gestion forestière et la certification au Costa Rica*" établis officiellement par décret du Pouvoir exécutif.²⁸ Par exemple, le principe 6, intitulé "*impact de la gestion*", stipule que "*la gestion forestière doit promouvoir la protection de la biodiversité, des ressources hydriques, et des sols. Le respect de cet objectif permettra de maintenir les fonctions écologiques, l'intégrité de la forêt, et les services environnementaux*".²⁹

²³ Article 19.

²⁴ Western Australia, South Australia, Victoria, et New South Wales. Par contre, Queensland, Tasmania, et Northern Territory n'ont pas promulgué de législation réglementant le défrichage de la végétation native sur des terres privées. Binning, C. et Young, M., "Motivating People: Using Management Agreements to Conserve Remnant Vegetation", *National Research and Development Program on Rehabilitation, Management and Conservation of Remnant Vegetation*, 1997, pp. 5-8.

²⁵ Bartel, R. L., "Compliance and complicity: an assessment of the success of land clearance legislation in New South Wales", *Environmental and Planning Law Journal*, Vol. 20, N° 2, avril 2003, p. 117.

²⁶ Article 12 du Décret national N° 710/95 du 13 novembre 1995 qui actualise la Loi nationale sur la sauvegarde de la richesse forestière.

²⁷ Article 20 de la Loi forestière N° 7575 de 1996.

²⁸ Décret N° 27388-MINAE du 18 septembre 1998.

²⁹ Voir en relation l'article 17 du Règlement d'application de la Loi forestière N° 7575 de 1996.

- Certaines essences forestières

Des essences forestières peuvent être désignées pour des motifs divers, et *ipso facto*, être alors soumises à certaines restrictions visant à leur conservation.

Au Costa Rica, l'Administration est autorisée à interdire la coupe de certaines essences forestières en raison du fait qu'elles sont en danger d'extinction, ou parce que la survie d'autres espèces de flore ou de faune en danger d'extinction dépend de leur conservation.³⁰ C'est de cette manière qu'a été interdite, par exemple, l'exploitation de l'amandier (*Dipteryx panamensis*), qui sert d'habitat pour l'Ara vert (*Ara ambigua*).³¹

En Argentine, les autorités administratives sont également autorisées à déclarer obligatoire la conservation de certaines essences forestières, "en raison de leur situation, de leur âge, ou pour des raisons scientifiques, esthétiques ou historiques".³²

- Zones humides

Les zones humides sont protégées notamment par des interdictions ou par des systèmes d'autorisations.

Aux Etats-Unis, la protection des zones humides est fondée, au niveau fédéral, sur l'article 404 de la Loi d'eau propre (*Clean Water Act*). Cet article interdit la décharge de certaines matières dans les eaux navigables de la nation, à l'exception des cas où un permis est octroyé. Bien que cet article s'insère dans une législation dont l'objet est la qualité des eaux, il a été interprété de façon large, ce qui a eu comme conséquence l'extension de son champ d'application à plusieurs types de zones humides et à plusieurs types d'actions.³³ Certains Etats, comme par exemple le Massachusetts, Michigan, et New York, ont promulgué leurs propres lois pour la protection des zones humides, soumettant à autorisation le drainage, le remplissage, et l'altération de ces dernières.³⁴

Au Costa Rica, la Loi organique sur l'environnement soumet les activités affectant les écosystèmes des zones humides à l'approbation d'une étude d'impact environnemental.³⁵ De plus, elle interdit des activités tendant à interrompre les cycles naturels desdits écosystèmes, telles que la construction de barrages qui empêchent les flux des eaux marines ou continentales, le drainage, le remplissage, le séchage, et toute autre altération qui provoque leur détérioration et élimination.³⁶

- Zones environnantes de certains biotopes naturels

Il s'agit de zones sur lesquelles des restrictions sont établies en raison de leur situation géographique à proximité de certains biotopes naturels qu'on entend protéger, tels que dunes, lacs, fleuves, sources d'eau, etc. Les restrictions peuvent consister aussi bien en des obligations de faire que de ne pas faire.

³⁰ Article 6 e), de la Loi forestière N° 7575 de 1996.

³¹ Décret N° 25167-MINAE du 23 avril 1996.

³² Article 19 du Décret national N° 710/95 du 13 novembre 1995 qu'actualise la Loi nationale sur la sauvegarde de la richesse forestière.

³³ Farrier, D., *op.cit.*, pp. 354 et s.

³⁴ De Klemm, C., *Wild Plant Conservation and the Law*, IUCN-The World Conservation Union, Gland, 1990, p. 102.

³⁵ Article 44 de la Loi organique sur l'environnement, N° 7554 de 1995.

³⁶ Article 45 de la Loi organique sur l'environnement, N° 7554 de 1995.

En Argentine, la loi autorise le pouvoir exécutif à déclarer obligatoire la plantation et la conservation d'arbres pour la fixation de dunes, ainsi que dans les zones contiguës aux chemins, aux sources d'eau, aux lacs, aux fleuves, aux barrages, aux canaux, etc.³⁷

Au Costa Rica, la Loi forestière interdit la coupe d'arbres et les constructions dans les zones qu'elle-même désigne comme étant des aires de protection ("*áreas de protección*"), à savoir: tous les terrains, publics ou privés, situés dans un périmètre de cent mètres autour des sources d'eau permanentes, de dix mètres en zone urbaine et de quinze mètres en zone rurale en bordure des fleuves (cinquante mètres si le terrain est en pente), et de cinquante mètres en bordure des lacs.³⁸

2.1.2 Restrictions applicables dans des périmètres déterminés

Ces restrictions se caractérisent comme ayant pour champ d'application un espace géographiquement délimité. Ce sont des restrictions plus strictes que celles applicables normalement dans le reste du pays. Elles sont très variées. Leur intensité dépend de l'objectif pour lequel le périmètre est délimité, c'est-à-dire, du degré de protection recherché. Elles vont de celles qui imposent un faible degré de limitations au droit de propriété, tel que le simple devoir de notifier à l'avance la réalisation de certaines activités, à celles qui imposent des interdictions totales à l'exercice de certaines prérogatives des propriétaires.

Les espaces sur lesquels ces restrictions sont appliquées correspondent au concept de "*zone protégée*" défini par l'article 2 de la Convention sur la diversité biologique: "*Toute zone géographiquement délimitée qui est désignée, ou réglementée, et gérée en vue d'atteindre des objectifs spécifiques de conservation*".³⁹

Malgré l'ampleur de cette définition, les termes "*zones protégées*" et "*aires protégées*" sont souvent utilisés pour faire référence exclusivement aux espaces désignés officiellement après des procédures de classement lourdes, et qui nécessitent des mécanismes de gestion plus ou moins complexes,⁴⁰ comme par exemple l'instauration d'autorités de gestion et d'administration spéciales, et l'élaboration de plans de gestion pour la zone concernée. En conséquence, sont souvent exclus de leur champ d'application les espaces géographiquement délimités qui ont besoin de procédures de classement et de mécanismes de gestion moins complexes et moins formels.

C'est pourquoi dans la présente étude on distinguera les restrictions selon qu'elles portent sur des espaces strictement appelés "*zones protégées*", ou selon qu'elles portent sur d'autres sites spécifiques.

- Zones protégées

En fonction des objectifs de conservation de la nature pour lesquels elles sont désignées, lesquels varient beaucoup selon leur type, les zones protégées sont classées en catégories de

³⁷ Article 18.

³⁸ Article 33.

³⁹ L'UICN définit le concept d'"aire protégée" comme: "Une portion de terre et/ou de mer vouée spécialement à la protection et au maintien de la diversité biologique, ainsi que des ressources naturelles et culturelles associées, et gérée par des moyens efficaces, juridiques ou autres". UICN, *Liste des Nations Unies des Aires protégées 1997*, préparée par le WCMC et la CMAP, UICN, Gland, Suisse, et Cambridge, Royaume-Uni, 1998, p. xxviii.

⁴⁰ Voir De Klemm, C. et Shine, C., "Mesures juridiques pour la conservation des espaces naturels", *op.cit.*, pp. 15 et 34.

gestion. Chaque pays est entièrement libre d'établir son propre classement. L'UICN en a élaboré un de façon à servir de référence aux Etats.⁴¹ Certains auteurs⁴² distinguent, parmi lesdites catégories, les zones protégées de type classique et rigide, telles que les parcs nationaux, les réserves naturelles et les monuments naturels, et celles de conception plus récente et flexible, telles que les parcs naturels et les paysages protégés.

La création d'une aire protégée implique nécessairement l'application de mesures de protection et de gestion spéciales. Les types de restrictions au droit de propriété dépendant des objectifs recherchés, ils varient donc en fonction de la catégorie de gestion dont il s'agit. Les catégories de gestion ayant des objectifs de protection stricte impliqueront des restrictions étendues, telles que des interdictions à la réalisation de presque tout type d'activité productive, ou la soumission desdites activités à des autorisations dont l'octroi est aussi soumis à des conditions très strictes.⁴³ Par contre, les catégories de gestion ayant des objectifs d'harmonisation des activités humaines avec la conservation de l'environnement naturel impliqueront des restrictions moins strictes, telles que la simple soumission desdites activités à une autorisation dont l'octroi ne peut être refusé que dans certaines conditions précises.

Les différents degrés des restrictions sont reflétés dans la classification des catégories de gestion de l'UICN.⁴⁴ Ainsi, par exemple, les réserves naturelles intégrales, appartenant à la catégorie I(a),⁴⁵ constituent la catégorie la plus restrictive. Ces réserves, gérées principalement à des fins de recherche scientifique et/ou de surveillance continue de l'environnement, sont maintenues à l'abri de toute intervention humaine, à l'exception de la recherche. Les parcs nationaux, appartenant à la catégorie II, sont gérées principalement dans le but de protéger l'intégrité écologique dans un ou plusieurs écosystèmes et à des fins récréatives. Ils constituent une catégorie moins contraignante que la précédente, mais toujours très restrictive. Toute activité incompatible avec les objectifs de la désignation est interdite. Beaucoup moins contraignant est le régime des parcs naturels et des paysages protégés,⁴⁶ appartenant à la catégorie V. Ce sont des espaces "dont le paysage possède des qualités esthétiques, écologiques et/ou culturelles particuliers, résultant de l'interaction de l'homme et de la nature, et présentant souvent une grande diversité biologique". Ce type de zone protégée a précisément pour objectif de maintenir cette interaction traditionnelle entre l'homme et la nature. C'est pourquoi seulement les activités allant à l'encontre de cet objectif devraient être interdites ou réglementées.

⁴¹ UNEP, WCMC, IUCN, WCPA, *Lignes directrices pour les catégories de gestion des aires protégées*, in http://www.unep-wcmc.org/protected_areas/categories/fra.

⁴² De Klemm, C. et Shine, C., *Biological Diversity Conservation and the Law*, *op.cit.*, p. 197, et De Klemm, C. et Shine, C., "Mesures juridiques pour la conservation des espaces naturels", *op.cit.*, p. 15.

⁴³ Concernant les conflits entre les aires protégées et les populations locales occasionnés par l'établissement des restrictions à l'utilisation des ressources naturelles, voir Kamstra, J., *Protected Areas: Towards a Participatory Approach*, Netherlands Committee for IUCN, Novib, 1994, 53 p.

⁴⁴ UNEP, WCMC, IUCN, WCPA, *op.cit.*

⁴⁵ Des exemples de sites classés dans cette catégorie sont: la Réserve naturelle des Iles Snares en Nouvelle-Zélande, le Parc national des Sundarbans, en Inde, la Réserve biologique de Cabo Blanco, au Costa Rica, et la Réserve naturelle stricte du Mont Nimba, en Guinée.

⁴⁶ Voir De Klemm, C. et Shine, C., *Biological Diversity Conservation and the Law*, *op.cit.*, pp. 219-228, et De Klemm, C. et Shine, C., "Mesures juridiques pour la conservation des espaces naturels", *op.cit.*, pp. 21-33.

La délimitation d'un périmètre dans un but de conservation de la nature a généralement comme conséquence l'application automatique de restrictions aux terrains qui y sont inclus, y compris les terrains privés. Cependant, il faut distinguer deux situations: la première, qui est la moins courante, est celle des législations qui autorisent la puissance publique à délimiter les périmètres desdites aires, sans que l'inclusion de terrains privés implique leur soumission automatique au régime spécial applicable.⁴⁷ Dans ces cas, le classement des terrains, c'est-à-dire, leur soumission aux mesures de protection et de gestion spéciales applicables dans la zone protégée concernée, peut être conditionné par l'acquisition publique ou par l'acceptation du propriétaire. Ceci ne fait cependant pas obstacle à l'application de mesures de sauvegarde pendant la durée de la procédure d'acquisition. C'est le cas par exemple au Costa Rica, où l'article 37 de la Loi organique sur l'environnement établit comme condition préalable au classement d'un terrain en aire protégée, soit l'acquisition publique, soit l'acceptation du propriétaire.

La deuxième situation, qui est la plus courante, est celle des législations qui autorisent l'Administration à classer des terrains privés en zones protégées, sans que ledit classement soit soumis à une condition additionnelle quelconque. Dans ces cas, les terrains privés sont soumis au régime spécial applicable dans la zone protégée dès le moment de leur inclusion dans son périmètre. C'est par exemple le cas en Australie, où l'article 49 du *Nature Conservation Act 1992* de Queensland prévoit l'établissement unilatéral d'une limitation suivant le fonds en quelque main qu'il se trouve ("*conservation covenant*") par le règlement qui déclare un terrain privé comme étant ou comme faisant partie d'un refuge naturel ("*nature refuge*"), ainsi que son inscription dans le titre de propriété.⁴⁸

- Autres sites spécifiques

En plus des espaces strictement appelés "*zones protégées*", ou "*aires protégées*" il existe d'autres sites qui sont également délimités géographiquement et protégés par un régime spécial, mais qui ont besoin de procédures de classement moins lourdes et de mécanismes de gestion moins complexes. Il existe plusieurs exemples de sites spécifiques qui rentrent dans cette deuxième catégorie,⁴⁹ le degré des restrictions applicables étant différent d'un site à l'autre. On fera brièvement référence à deux exemples: un premier dans lequel les restrictions applicables sont de très faible intensité. C'est le cas des périmètres délimités dans le but d'instaurer des systèmes de notification. Le deuxième exemple concerne des périmètres dans lesquels les restrictions applicables sont de très lourde intensité. C'est le cas des forêts de protection, où certaines activités sont interdites ou strictement réglementées, et des obligations de faire sont parfois imposées.

Systèmes de notification

Des périmètres peuvent être, par exemple, délimités dans le seul but d'instaurer un système de notification impliquant pour les propriétaires la seule obligation de notifier à l'administration à l'avance leur intention d'entreprendre certaines activités. A partir de la notification, s'ouvre un délai d'attente pendant lequel la situation est gelée et des négociations sont effectuées avec le propriétaire dans le but de passer un accord de gestion. Ce système de notification combine le droit imposé et le droit négocié. Le contenu réglementaire est assez faible, le but étant de déclencher une procédure conventionnelle.

⁴⁷ On distingue ici ce qui est la délimitation du périmètre, et ce qui est le classement des terrains privés compris dans ledit périmètre.

⁴⁸ Article 134 du *Nature Conservation Act 1992* de Queensland.

⁴⁹ Voir De Klemm, C., *Wild Plant Conservation and the Law, op.cit.*, pp. 96-100, De Klemm, C. et Shine, C., *Biological Diversity Conservation and the Law, op.cit.*, pp. 199-205, et De Klemm, C. et Shine, C., "Mesures juridiques pour la conservation des espaces naturels", *op.cit.*, pp. 34-42.

L'exemple le plus couramment cité est celui du système britannique des Sites d'intérêt scientifique particulier ("*Sites of Special Scientific Interest*" (SSSI)). Les SSSI sont désignés par l'organisme public régional compétent en matière de conservation de l'environnement,⁵⁰ lequel notifie cette désignation aux propriétaires concernés en même temps qu'une liste des opérations qu'ils ne peuvent entreprendre sans notification préalable auprès de cet organisme. Ces listes ne concernent que des activités non soumises à des systèmes d'autorisations dans le cadre de la législation d'occupation des sols. La notification par les propriétaires de leur intention d'effectuer lesdites opérations ouvre un délai de négociation⁵¹ pendant lequel leur mise en œuvre est gelée. A défaut d'accord sur la signature d'une convention de gestion à la fin du délai, le propriétaire peut engager librement les travaux. A défaut d'accord à la fin dudit délai, le terrain peut, cependant, être exproprié.⁵²

En France, l'inscription sur la "*liste des monuments naturels et des sites dont la conservation ou la préservation présente, au point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, un intérêt général*", entraîne l'obligation pour les intéressés de ne pas procéder à des travaux autres que ceux d'exploitation courante en ce qui concerne les fonds ruraux et d'entretien normal en ce qui concerne les constructions sans avoir avisé, quatre mois à l'avance, l'Administration de leur intention.⁵³ Pendant ce délai, l'Administration peut négocier avec l'intéressé la modification éventuelle de son projet afin que le site ne soit pas affecté. Si la négociation échoue, l'Administration ne peut pas juridiquement s'opposer aux travaux, sauf dans les cas où ces derniers exigent un permis.⁵⁴

Forêts de protection

Il s'agit des forêts auxquelles une fonction de protection est reconnue à raison de leur situation géographique et leur fonction écologique. Les caractéristiques de ladite fonction de protection sont définies par la loi, et peuvent être très variées.⁵⁵

⁵⁰ Le "*Nature Conservancy Council for England*" (connu sous le nom de "*English Nature*") pour l'Angleterre, le "*Countryside Council for Wales*" pour le Pays de Galles, et le "*Scottish Natural Heritage*" pour l'Ecosse.

⁵¹ 4 mois en Angleterre.

⁵² De Klemm, C. et Shine, C., "Mesures juridiques pour la conservation des espaces naturels", *op.cit.*, pp. 39-40.

⁵³ Article L. 341-1 du Code de l'environnement.

⁵⁴ Prieur, M., *Droit de l'environnement*, 4e éd., Dalloz, 2001, p. 409.

⁵⁵ Par exemple, en Argentine l'article 6 du Décret national N° 710/95 du 13 novembre 1995 qu'actualise la Loi nationale sur la sauvegarde de la richesse forestière désigne comme étant forêts de protection celles qui servent à protéger les sols, les chemins, les côtes maritimes, les rivières fluviales, les bords des lacs, des lacunes, des îles, des canaux, etc., celles qui préviennent l'érosion, celles qui protègent et régularisent le régime des eaux, celles qui servent à la fixation des dunes, celles qui servent comme défense contre le vent, les avalanches, les inondations, celles qui assurent des conditions de salubrité publique, et celles qui donnent protection aux espèces de flore et de faune dont l'existence a été déclarée nécessaire. En France, l'article L. 411-1 du Code forestier dispose que peuvent être classées comme forêts de protection celles dont la conservation est reconnue nécessaire au maintien des terres sur les montagnes et sur les pentes, à la défense contre les avalanches, les érosions, et les envahissements des eaux et des sables, ainsi que les bois et forêts situés à la périphérie des grandes agglomérations et dans les zones où leur maintien s'impose, soit pour des raisons écologiques, soit pour le bien-être de la population.

Le classement des forêts en forêts de protection entraîne l'application automatique de diverses restrictions. Ainsi, en France les forêts classées en forêts de protection sont soumises à un régime forestier spécial qui interdit tout changement d'affectation ou tout mode d'occupation du sol de nature à compromettre la conservation de la nature ou la protection des boisements.⁵⁶

En Argentine, les forêts de protection sont soumises aux restrictions suivantes: aviser l'Administration en cas de vente ou d'autre changement dans le régime de propriété, conserver et reboiser, effectuer l'exploitation conformément à des normes techniques, demander une autorisation pour le pâturage ou pour d'autres genres de travaux affectant l'existence de la forêt, et permettre à l'autorité forestière d'effectuer des travaux de forestation ou de reforestation.⁵⁷

2.1.3 Restrictions ne portant pas sur des espaces mais sur des activités

Parfois l'Etat impose des restrictions qui ne portent pas sur des espaces spécifiques, mais sur des activités, indépendamment de l'endroit où elles ont lieu. Un exemple est l'activité minière, laquelle peut être soumise par la loi à une autorisation conditionnée à l'approbation d'une étude d'impact sur l'environnement.

Dans certains pays, l'afforestation⁵⁸ est soumise à l'octroi d'une autorisation. C'est le cas, par exemple, de la Suède, où l'autorisation de planter des arbres peut être refusée si la terre concernée a une valeur écologique importante.⁵⁹

Un autre cas concerne les restrictions imposées à la récolte d'espèces de plantes sauvages protégées. Il existe notamment une étude à ce sujet, publié en 1990 par Cyrille de Klemm.⁶⁰ L'auteur affirmait qu'en règle générale, les prohibitions concernant la récolte d'espèces protégées sont applicables non seulement aux personnes qui récoltent dans des terrains d'autrui, ou dans des terrains publics, mais aussi aux propriétaires privés sur leurs propres terrains. Il remarquait, cependant, que les pays de tradition de droit Anglo-saxon constituent une exception à cette règle. A l'époque de son étude, les propriétaires pouvaient récolter les plantes poussant sur leurs terres, sans aucune restriction, en Nouvelle Zélande, une partie de l'Australie, et plusieurs Etats des Etats-Unis. En Afrique du sud et dans le Royaume-Uni, les restrictions de caractère général concernant la récolte d'espèces de plantes sauvages n'étaient pas applicables aux propriétaires privés, mais ceux-ci étaient cependant liés par les prohibitions spéciales concernant la récolte d'espèces déclarées en danger.⁶¹

⁵⁶ Articles L. 412-1 et L. 412-2 du Code forestier.

⁵⁷ Article 20 du Décret national N° 710/95 du 13 novembre 1995 qu'actualise la Loi nationale sur la sauvegarde de la richesse forestière.

⁵⁸ La Commission intergouvernementale d'experts sur l'évolution du climat (CIEC) définit l'"afforestation" comme "la plantation de nouvelles forêts sur des terres qui, historiquement, ne contenaient pas de forêts". Rolfe, C., *Le Protocole de Kyoto de la Convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique: Guide du Protocole et analyse de son efficacité*, West Coast Environmental Law Association, 22 janvier 1998, in <http://www.wcel.org/wcelpub/1998/12152f.html>.

⁵⁹ De Klemm, C., *Wild Plant Conservation and the Law*, *op.cit.*, p. 103.

⁶⁰ *Ibid.*, 215 p.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 36-37. Voir aussi, De Klemm, C., "L'analyse comparative de l'efficacité des législations de protection de la flore sauvage en Europe", *Sauvegarde de la nature*, N° 88, Conseil de l'Europe, 1997, p. 63.

2.2 Le problème de l'indemnisation

L'imposition de restrictions soulève le problème de l'indemnisation: quels types de restrictions doivent être indemnisées?

Ce problème soulève moins de difficultés quand la loi les imposant prévoit elle-même expressément l'octroi d'une indemnisation (2.2.1). Cependant, très souvent ces lois sont muettes à ce sujet, et c'est alors le droit général qui s'applique (2.2.2).

2.2.1 Prévision d'une indemnisation par la loi créant la restriction

Certaines législations prévoient des indemnités dans certains cas ponctuels, notamment s'agissant du classement des terrains privés en aire protégée, quand ce classement a comme effet automatique la soumission des terrains au régime spécial de restrictions applicable dans ces aires. C'est le cas, par exemple, en Norvège, en France, en Argentine, et en Hongrie.

Les lois qui établissent des indemnisations prévoient généralement qu'il appartient au propriétaire d'en faire la demande et de faire état des préjudices occasionnés. Les conditions que ces derniers doivent remplir pour être de nature à ouvrir droit à indemnité varient selon les lois. Selon le degré du préjudice occasionné, l'indemnisation peut aller d'une simple indemnisation sans transfert de propriété, à l'acquisition publique.

- Indemnisation sans transfert de propriété

En Norvège, la Loi de conservation de la nature⁶² prévoit une indemnisation des propriétaires pour les pertes financières subies comme conséquence du classement de leurs terrains en parc national, en paysage protégé, en réserve naturelle, ou en monument naturel. Pour avoir accès à cette compensation, les propriétaires doivent adresser une demande au gouverneur du comté, généralement dans l'année suivant le classement. Le montant est fixé par accord entre les parties, ou, à défaut d'accord, par estimation judiciaire.

En France, des indemnités sont prévues, en matière de parcs nationaux, par l'article L. 331-17 du Code de l'environnement. Il appartient aux propriétaires d'adresser la demande au directeur de l'établissement gérant le parc, et, à défaut d'accord amiable, ils peuvent saisir le juge de l'expropriation pour que celui-ci statue sur les indemnités.⁶³ Dans la pratique ont été indemnisées non seulement des pertes de revenus, mais aussi la perte de droits de jouissance, tel que le droit de chasse, et diverses formes de servitudes.⁶⁴ L'indemnité peut consister soit en un versement global unique, soit en une rente.⁶⁵

Une indemnisation est également prévue en France dans les cas suivants:

- restrictions résultant du classement des monuments naturels et des sites, à condition que le propriétaire se soit opposé au classement, et que ce dernier entraîne une modification à l'état ou à l'utilisation des lieux, déterminant un préjudice direct, matériel et certain.⁶⁶

⁶² Loi N° 63 du 19 juin 1970 relative à la conservation de la nature (The Nature Conservation Act), chapitre VII, articles 20, 20a, et 20b.

⁶³ Articles R. 241-58 et R. 241-59 du Code rural.

⁶⁴ Constantin, F. et Lambert, M.-L., "Parcs et réserves: Parcs nationaux", *Juris-Classeur Environnement*, Fasc 535, 1993, pp. 7, 20 et 21.

⁶⁵ Constantin, F. et Lambert, M.-L., *op.cit.*, p. 7.

⁶⁶ Article L. 341-6 du Code de l'environnement.

- lorsque le classement en réserve naturelle comporte des prescriptions de nature à modifier l'état ou l'utilisation antérieure des lieux déterminant un préjudice direct, matériel et certain.⁶⁷
- lorsque le classement de bois privés en forêt de protection entraînerait une “*diminution de revenu*”.⁶⁸

Dans les trois cas précités, les indemnités doivent être réclamées par les propriétaires. Elles sont fixées, à défaut d'accord amiable, par le juge de l'expropriation dans les deux premiers cas, et par décision de la juridiction administrative dans le troisième cas.⁶⁹

En Argentine, une indemnisation payable en quotas annuels est prévue, à la demande des propriétaires de forêts de protection “*pour la diminution effective du revenu de la forêt qui est la conséquence directe et immédiate de l'application du régime forestier spécial, dans la limite maximale de rentabilité produite par une exploitation forestière*”.⁷⁰ Elle est fixée administrativement en cas d'accord. L'administration conserve toujours, cependant, l'option d'exproprier.

En Hongrie, une indemnisation est prévue dans les cas où les restrictions applicables dans des aires protégées dépassent le seuil établi par la Loi de conservation de la nature.⁷¹

Quand le préjudice occasionné par la restriction dépasse un certain seuil, la loi qui la crée peut prévoir comme compensation, au lieu d'une indemnisation sans transfert de propriété, l'acquisition publique.

- Acquisition publique

L'acquisition publique, dans le cadre de mesures de compensation, n'est qu'une éventualité, prévue pour être utilisée *a posteriori*, et sur la demande du propriétaire, uniquement comme compensation de préjudices dépassant un certain seuil, occasionnés par le classement du terrain privé en aire protégée. Ces préjudices sont le plus souvent l'impossibilité de tirer un profit économique rentable de la propriété.

Un exemple de ce dernier cas est l'article 20c. de la Loi de conservation de la nature de la Norvège, qui prévoit l'acquisition par l'Etat, à la demande du propriétaire⁷² faite dans l'année suivant le classement en parc national, paysage protégé, réserve naturelle, ou monument naturel, “*si toute ou une partie d'une propriété est affectée par une décision relevant de cette loi de façon à ce qu'elle ne puisse plus être utilisée d'une façon profitable*”. A défaut d'accord amiable, c'est au juge qu'il appartient de décider si les conditions pour l'acquisition ont été remplies.

Un exemple similaire existe en droit français, en matière des parcs nationaux. L'article R. 241-57 du Code rural dispose que “*les propriétaires peuvent exiger (...) l'acquisition de leur propriété*

⁶⁷ Article L. 332-5 du Code de l'environnement.

⁶⁸ Article L. 413-1 du Code forestier. Ces indemnités sont réglées par période de cinq ans. Prieur, M., *op.cit.*, p. 454.

⁶⁹ Articles L. 341-6 et L. 332-5 du Code de l'environnement, et article L. 413-1 du Code forestier.

⁷⁰ Article 21 du Décret national N° 710/95 du 13 novembre 1995 qu'actualise la Loi nationale sur la sauvegarde de la richesse forestière.

⁷¹ Marghescu, T., *op.cit.*, p. 19.

⁷² En droit norvégien, la protection de la nature ne figure pas parmi les causes d'expropriation, ce qui a comme conséquence que l'Etat ne peut pas acquérir des propriétés privées dans ce but sans le consentement des propriétaires. Interview avec Gudrun Schneider (e-mail).

lorsque les mesures prises pour l'aménagement et la gestion du parc ont diminué de plus de moitié les avantages de toute nature qu'ils retireraient normalement auparavant de celle-ci". A défaut d'accord amiable, le juge de l'expropriation peut être saisi par l'intéressé pour se prononcer quant au droit du demandeur d'exiger l'acquisition de ses biens, et éventuellement quant au prix de la cession.⁷³

L'acquisition publique comme forme d'indemnisation des préjudices occasionnés par les restrictions imposées dans ces circonstances est aussi prévue en droit français en matière de classement de bois en forêt de protection. Ainsi, l'article L. 413-1 du Code forestier dispose: "*Le propriétaire peut exiger cette acquisition s'il justifie que le classement en forêt de protection le prive de la moitié du revenu normal qu'il retire de sa forêt. L'acquisition a lieu soit de gré à gré, soit par voie d'expropriation*".

2.2.2 Le silence de la loi créant la restriction

Certains instruments créant des restrictions ne prévoient aucune forme de compensation pour les propriétaires de terrains privés soumis à des restrictions imposées dans le but protection de la nature. C'est par exemple le cas du Mexique, où des restrictions parfois absolues sont appliquées aux propriétaires de terrains classés en aires protégées, sans qu'aucune compensation ou indemnité leur soit allouée.⁷⁴ C'est aussi le cas au Costa Rica pour les restrictions établies par la Loi forestière applicables à tous les terrains du territoire national situés dans les zones déterminées autour des fleuves, des lacs, etc., et connues sous le nom d'"aires de protection", lesquelles font l'objet d'interdictions absolues.

Le problème se pose aussi quand certaines activités sont soumises à autorisation et que cette dernière est refusée, ou quand la loi établit des prohibitions absolues applicables sur tout le territoire national dans certains types d'habitats ou d'écosystèmes déterminés.

Dans tous ces cas où des textes spécifiques ne prévoient pas d'indemnisation, c'est le droit général qui s'applique. Différentes théories ont été utilisées pour justifier l'indemnisation des restrictions à la propriété, comme par exemple la rupture du principe d'égalité devant les charges publiques, la responsabilité sans faute de l'Etat, le non-respect du principe de proportionnalité, et la privation du contenu minimum essentiel du droit de propriété. Ces théories sont le plus souvent solidaires les unes avec les autres, les unes servant comme fondement des autres. Ce qu'elles ont toutes en commun c'est un problème de seuil: à partir de quel point une restriction ouvre-t-elle droit à indemnité?

Le seuil est placé plus haut ou plus bas selon les pays, mais, même à l'intérieur de chaque pays, les limites de l'intervention publique ne sont pas fixées avec précision par les normes et les principes établis par la jurisprudence. En conséquence, les tribunaux décident au cas par cas.

En France, il est très rare que le juge décide d'indemniser une restriction au droit de propriété lorsque la loi n'a pas prévu d'indemnisation. Par contre, aux Etats-Unis les juges décident assez facilement l'octroi de telles indemnités.

On mentionnera ici sommairement quelques développements à ce sujet.

La Cour européenne des droits de l'homme a développé plusieurs critères pour déterminer quand une restriction à l'usage des biens ouvre droit à indemnité.⁷⁵ Il y a expropriation de fait, pour

⁷³ Article R. 241-59 du Code rural.

⁷⁴ Gutiérrez Lacayo, M., Bacmaister, A., Ortiz Martínez de Kores, G., *et al.*, *op.cit.*, p. 4.

⁷⁵ L'article premier du Protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des

la Cour européenne, “lorsqu’une atteinte réduit à néant et irrévocablement l’exercice des attributs de la propriété sans transfert du bien”.⁷⁶ Plus précisément, elle a considéré être en présence d’une privation de fait quand le bien perd “toute possibilité raisonnable d’utilisation et toute valeur”.⁷⁷ La cour européenne exerce également un contrôle de proportionnalité. Ainsi, elle recherche si un “juste équilibre” a été maintenu entre les exigences de l’intérêt général et la sauvegarde du droit de propriété. “L’équilibre sera rompu, dit-elle, lorsqu’une personne subit une charge “spéciale et exorbitante” disproportionnée par rapport à l’objectif d’intérêt public poursuivi, sans que cette charge soit compensée par une indemnisation adéquate”.⁷⁸

Aux Etats-Unis, des indemnités sont allouées à des propriétaires par les tribunaux, sur la base du cinquième amendement de la Constitution, lequel dispose “*nor shall private property be taken for public use, without just compensation*”. C’est autour de cette norme qui s’est développée la jurisprudence dite du “*taking*”. L’idée principale est que si une réglementation au droit de propriété dépasse un certain seuil, elle devient un “*taking*”, ouvrant en conséquence droit à indemnisation. La Cour suprême fédérale a développé plusieurs critères à prendre en compte pour déterminer quand une restriction à l’usage des biens constitue un “*taking*”. Un premier critère concerne le caractère de l’intervention étatique, par exemple, si elle a consisté en une occupation physique, ou si elle avait l’intention de prévenir une nuisance. Un deuxième critère concerne l’impact économique de la réglementation, comme par exemple la réduction de la valeur de la propriété. Il a été précisé que l’impact économique doit être évalué par rapport aux attentes raisonnables que les acquéreurs ont eu, au moment de l’achat, sur la récupération de leurs investissements (“*investment-backed expectations*”). Ladite évaluation doit se fonder sur la quantité d’information que le propriétaire avait au moment de l’acquisition. Ainsi, s’il y a évidence qu’il aurait pu raisonnablement anticiper que sa propriété serait limitée par une réglementation, il est probable que les tribunaux ne considèrent pas qu’il y a eu “*taking*”. Finalement, dans l’arrêt *Lucas v. South Carolina Coastal Council* de 1992, la Cour suprême a également précisé qu’il y a “*taking*” quand il y a perte de “*toute utilisation productive économiquement rentable*”.⁷⁹

droits de l’homme et des libertés fondamentales de 1950 dispose: “Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d’utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu’ils jugent nécessaires pour réglementer l’usage des biens conformément à l’intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d’autres contributions ou des amendes”.

⁷⁶ Struillou, J.-F., *Protection de la propriété privée immobilière et prérogatives de puissance publique*, L’Harmattan, Paris, 1996, p. 49.

⁷⁷ Biglione, F., “Les restrictions à l’exercice du droit de propriété, composante consacrée de la notion de privation de propriété aux Etats-Unis, en Italie et dans la Convention européenne des droits de l’homme”, *Droit et ville*, Toulouse, IEJUC, N° 46/1998, p. 163.

⁷⁸ Abraham, R., “De nouvelles limites au principe de non-indemnisation des servitudes d’urbanisme: conclusions sur CE 3 juillet 1998, M. Bitouzet”, *Bulletin de jurisprudence de droit de l’urbanisme*, N° 5/1998, pp. 363-372. En ce qui concerne la protection de l’environnement, celle-ci constitue, pour la Cour européenne, “un objectif légitime conforme à l’intérêt général, justifiant que soient apportées des restrictions à l’usage de ces biens sans compensation financière”. Hostiou, R. “La propriété privée face au droit de l’environnement”, *Etudes foncières*, N° 65, décembre 1994, p. 32.

⁷⁹ Pfefferle, L., “A New Green Government Weapon: Shooting Down Regulatory Takings with Estoppel”, *Tulane Environmental Law Journal*, Vol. 13, 2000, pp. 474 et s., Farrier, D., *op.cit.*, pp. 392 et s., et Renard, V., “L’indemnisation des servitudes: L’approche économique du problème”, *Droit et ville*, N° 49, 2000, pp. 29 et s.

En Allemagne, où l'article 14(2), de la Loi fondamentale crée l'obligation sociale de la propriété, différentes théories ont été développées par les tribunaux pour déterminer quand une restriction à l'usage des biens fait partie de cette obligation, ou quand elle va au delà, portant atteinte à la substance du droit de propriété.⁸⁰ Une première théorie est celle dite “*du sacrifice particulier*”, selon laquelle il faut indemniser quand seul un propriétaire, ou seul un nombre réduit de propriétaires, est affecté par la restriction. Liée à cette théorie, on trouve la notion de “*l'obligation sociale potentielle*”, selon laquelle une restriction à l'usage des biens n'ouvre pas droit à indemnité si, après examen de tous les éléments disponibles, il est possible de conclure que le propriétaire pouvait prévoir, même avant l'existence de la restriction, qu'un conflit avec l'intérêt public pourrait avoir lieu s'il exerçait son droit de propriété d'une certaine manière. Cette notion est parfois contraire à un autre critère développé par les tribunaux, selon lequel ouvrent droit à indemnité les restrictions portant sur des usages exercés préalablement à la restriction. Il existe aussi la théorie dite “*de la gravité*”, selon laquelle quand la restriction dépasse un certain degré d'intensité, le propriétaire a droit à être indemnisé. Finalement, les tribunaux effectuent aussi un contrôle de proportionnalité consistant à déterminer si la restriction est justifiée par son objectif d'intérêt général, ainsi que si, parmi les différentes options, la puissance publique a choisi celle qui était la moins lourde pour le particulier.

Au Costa Rica, pour la Cour constitutionnelle, le fait qu'il soit possible d'imposer des restrictions à l'usage des biens ne signifie pas qu'aucune d'entre elles n'est indemnisable, et pour cette raison une disposition établissant un principe de non-indemnisation serait inconstitutionnelle.⁸¹ En conséquence, le silence de la loi qui établit les restrictions ne fait pas obstacle à ce qu'elles puissent, éventuellement, être indemnisées. Ainsi, ouvrent droit à indemnité les limitations qui vident le droit de propriété de son contenu minimum essentiel, comme celles qui affectent l'usage naturel du bien au-delà de la limite de sa valeur comme moyen de production ou de sa valeur marchande,⁸² ou celles qui empêchent le propriétaire de jouir et d'utiliser son bien pour un profit personnel.⁸³ La Cour constitutionnelle n'a cependant reconnu un droit à indemnisation découlant de restrictions de caractère environnemental que dans un nombre très réduit de cas.

III. Instruments relevant d'une logique de droit négocié

Rentrent dans la catégorie des instruments relevant du droit négocié, dans le cadre de ce travail, tous ceux qui peuvent être qualifiés de volontaires. Les instruments volontaires peuvent être définis comme “n'importe quel instrument donnant à une personne le choix de s'en servir ou non”.⁸⁴

La distinction entre les instruments relevant du droit imposé et ceux relevant du droit négocié n'est pas toujours facile car il existe une zone intermédiaire dans laquelle on trouve aussi bien de l'unilatéral que du bilatéral, aussi bien de l'imposé que du négocié et du volontaire. Une telle

⁸⁰ Dolzer, R., “Property and Environment: The Social Obligation Inherent in Ownership. A Study of the German Constitutional Setting”, *IUCN Environmental Policy and Law Paper*, N° 12, 1976, pp. 21-29. Voir aussi, David, C.-H., “Allemagne: L'indemnisation des servitudes d'urbanisme”, *Droit et ville*, N° 48, 1999, pp. 26-28.

⁸¹ Cour constitutionnelle, décision N° 6706-93 de 15 heures, 21 minutes, du 21 décembre 1993.

⁸² Cour constitutionnelle, décision N° 796-91 de 15 heures, 10 minutes, du 26 avril 1991.

⁸³ Cour constitutionnelle, décisions N° 6524-98 de 16 heures, 33 minutes, du 16 septembre 1998, et N° 7308-98 de 16 heures, 57 minutes, du 13 octobre 1998.

⁸⁴ Young, M. et Gunningham, N., *op.cit.*, p. 151.

distinction est alors relative. On peut même affirmer qu'il existe une espèce d'"échelle de contractualité", selon laquelle le degré du caractère contractuel ou du caractère unilatéral d'un acte est plus ou moins fort. Tout cela met en évidence que même si l'Etat cherche à mettre en place différents instruments pour associer les propriétaires privés aux politiques publiques, la volonté étatique reste quand même forte.

Ceci dit, on distinguera deux types d'instruments volontaires: ceux impliquant une adhésion non-contractuelle (1.), et ceux ayant un caractère contractuel (2.).

1. Instruments d'adhésion de caractère non-contractuel

On entend ici par instruments d'adhésion non-contractuels tous ceux ayant comme condition essentielle l'adhésion du propriétaire à un acte unilatéral pris par une autorité administrative, à travers lequel le premier est soumis à un régime de restrictions à caractère législatif ou réglementaire préétabli par l'Etat. Autrement dit, cette adhésion consiste en un accord donné par le propriétaire à un acte unilatéral dont il est le destinataire. Il est possible d'affirmer qu'on n'est pas en présence d'un acte bilatéral, mais plutôt de deux actes unilatéraux, malgré la subtilité d'une telle classification.

On peut distinguer deux types de situations: celles dans lesquelles l'adhésion prend la forme d'une demande adressée par le propriétaire à l'organisme devant prendre la décision, avant que celle-ci n'ait été prise et en vue de la provoquer (1.1), et celles dans lesquelles elle prend la forme d'une acceptation postérieure à la décision (1.2).

1.1 Adhésion sous la forme d'une demande adressée par le propriétaire

Certaines législations peuvent prévoir des régimes spéciaux dont l'application sur un terrain privé dépend entièrement de la libre initiative du propriétaire. Bien qu'une décision administrative soit toujours nécessaire pour l'application d'un tel régime, la décision ne peut être prise que comme conséquence d'une demande adressée par le propriétaire avant qu'elle ait été prise et en vue de la provoquer. C'est le cas, par exemple, de certaines aires protégées volontaires.

Par exemple, au Costa Rica existent les refuges nationaux privés de vie sauvage ("*refugios nacionales de vida silvestre de propiedad privada*"). Le régime spécial qui leur est applicable est défini par la Loi de conservation de la vie sauvage et par son règlement d'application. Bien que le classement d'un terrain privé en refuge national privé de vie sauvage se fasse par décision administrative unilatérale, cette dernière ne peut avoir lieu que si elle est provoquée par une demande de la part du propriétaire. A travers ladite demande, le propriétaire ne fait qu'adhérer à un régime dont les conditions, telles que le délai du classement, les objectifs, et les types de restrictions applicables, sont établies unilatéralement par l'Etat. Il n'y a alors pas de place pour une négociation. Ces refuges sont établis pour une durée définie (5 ans), et ne lient pas les propriétaires futurs car ils ne suivent pas le fonds.

Il en va de même au Guatemala, pour les réserves naturelles privées ("*reservas naturales privadas*"), établies par la Loi sur les aires protégées et son règlement d'application. Elles sont établies pour une durée de 5 ans, et ne lient pas les propriétaires futurs.⁸⁵

⁸⁵ Voir Chacón Marín, C. M. et Castro Córdoba, R. (éditeurs), *Conservación de tierras privadas en América Central. Utilizando herramientas legales voluntarias*, Iniciativa Centroamericana de Conservación Privada-CEDARENA, San José, 1998, pp. 87-88.

1.2 Adhésion sous la forme d'une acceptation postérieure

D'autres législations peuvent prévoir des régimes spéciaux dont l'application sur un terrain privé ne dépend pas de l'initiative du propriétaire mais de l'acceptation par ce dernier d'une décision prise préalablement par l'Etat.

On est ici dans le cas typique des législations qui ne permettent pas le classement unilatéral par l'Etat d'un terrain privé en aire protégée. Bien que la décision de classer le terrain en aire protégée soit prise unilatéralement par l'Etat, ce classement ne produit ses effets qu'après le consentement du propriétaire, ce dernier acceptant de se soumettre au régime spécial de restrictions prévu pour l'aire en question. C'est-à-dire que l'acceptation par le propriétaire est une condition *sine qua non* pour que le régime devienne obligatoire pour lui.

Au Costa Rica, par exemple, selon la Loi organique sur l'environnement,⁸⁶ un terrain privé inclus dans le périmètre d'une aire protégée ne devient partie intégrante de cette aire que par l'acceptation du propriétaire. A défaut d'acceptation, le terrain ne peut être intégré que par acquisition publique.

Cette situation se caractérise par la faible liberté laissée au propriétaire. Premièrement, le propriétaire est contraint par l'Administration de prendre une décision. Deuxièmement, le propriétaire n'a aucune possibilité de négociation car sa décision se limite tout simplement à une acceptation ou à un refus. Troisièmement, sa décision n'est pas non plus prise d'une façon entièrement libre car elle est prise sous la menace de l'acquisition publique en cas de refus.

Cet instrument se caractérise également par un respect extrême du droit de propriété, car si les restrictions sont préétablies unilatéralement par l'Etat, elles ne peuvent pas être imposées de la même façon.

2. Instruments de nature contractuelle

Les instruments contractuels peuvent être très utiles dans certains cas, comme par exemple pour la création de zones tampons autour d'espaces protégés, ou encore la consolidation de corridors biologiques. Ils peuvent être également utilisés pour encourager les propriétaires à la gestion de leurs terres moyennant l'octroi d'aides publiques. Ils peuvent être aussi utilisés pour la mise en place de certains programmes volontaires.⁸⁷

Les instruments contractuels peuvent en général, en raison de leur flexibilité, être adaptés aux besoins individuels des espaces naturels et de leurs propriétaires.

⁸⁶ Article 37, paragraphes 2 et 3.

⁸⁷ Par exemple les "stewardship programs" au Canada. Cox, K. W., "Stewardship: Landowners as Partners in Conservation", *Expanding Partnerships in Conservation*, Island Press, Washington DC, 1995, pp. 245-246. D'autres de ces programmes offrent plutôt une alternative à la signature de contrats, étant moins formels et les propriétaires conservant la liberté d'entrer et de sortir du programme à tout moment. Par exemple le programme "Land for Wildlife" de Victoria, Australie. Richardson, B. J., "Incentives for Sustainable Use of Wetlands in Australia: Regulatory & Economic Mechanisms", *Conference Proceedings. Environmental Justice and the Legal Process*, University of Cape Town, South Africa, et Macquire University, Sydney, Australie, avril 1998, pp. 389-390, Binning, C. et Young, M., *op.cit.*, p. 10, et Stoneham, G., Crowe, M., Platt, S., *et al.*, *Mechanisms for Biodiversity Conservation on Private Lands*, Department of Natural Resources and Environment (Victoria), 2000, p. 27.

Nombre d'instruments contractuels peuvent être utilisés à des fins de protection de l'environnement naturel et il est impossible de les analyser tous ici.⁸⁸

Il est possible de distinguer les instruments contractuels permettant d'établir des obligations à perpétuité sur un terrain (2.1), et ceux qui permettent d'établir seulement des obligations temporaires (2.2).

2.1 Instruments pouvant établir des obligations à perpétuité

En général, les instruments contractuels utilisés actuellement pour établir des obligations de conservation de la nature qui suivent le fonds à perpétuité, en quelque main qu'il se trouve, ont tous la même origine primaire: les servitudes du Droit romain.⁸⁹ Ces servitudes ont fait l'objet de traitements divers dans les systèmes de tradition de Droit anglo-saxon et dans les systèmes de tradition de Droit romain, et ont alors évolué dans des directions différentes.

Aujourd'hui, on constate l'émergence et l'adoption, par plusieurs Etats des deux systèmes de droit, d'un instrument totalement nouveau et original, spécifiquement adapté aux exigences de conservation de la nature: les "*conservation easements*", appelés aussi "*conservation covenants*", dans les systèmes de tradition de Droit anglo-saxon (2.1.1), et les "*servitudes écologiques*" dans les systèmes de tradition de Droit romain (2.1.2).

2.1.1 Les "*conservation easements*" et les "*conservation covenants*" en pays de tradition de droit anglo-saxon

Les termes "*conservation easements*" et "*conservation covenants*" ont été utilisés, dans les systèmes de tradition de Droit anglo-saxon, pour faire référence aux servitudes de *Common Law* utilisées dans un but de protection de la nature. Cependant, ces termes sont aujourd'hui utilisés presque exclusivement pour désigner des instruments juridiques nouveaux créés par la loi, lesquels sont le résultat d'une adaptation des servitudes de *Common Law* pour mieux servir l'objectif de conservation de la nature. Ces termes seront ici utilisés exclusivement dans ce dernier sens.

On analysera d'abord les prédécesseurs en *Common Law* des "*conservation easements*" et des "*conservation covenants*", et ensuite on étudiera les caractéristiques qui constituent l'originalité des instruments nouvellement créés par la loi.

- Les prédécesseurs: les "*servitudes*" de *Common Law*

Pour des raisons pratiques, on a choisi de prendre comme base de cette analyse la *Common Law* américaine. Celle-ci contient trois instruments volontaires permettant d'établir des restric-

⁸⁸ Par exemple, le fidéicommiss, l'usufruit, les dons de terrains à des organisations de conservation de la nature, et l'achat de terrains par ces dernières. Pour plus d'information sur l'utilisation de ces instruments à des fins de conservation de la nature, voir Atmella, A., *Manual de Instrumentos Jurídicos Privados para la Protección de los Recursos Naturales*, Fundación Neotrópica, San José, 1995.

⁸⁹ Mack, S. A., *Las servidumbres ecológicas en América Central*, CEDARENA et COMBOS, année non-indiquée, p. 6. Ces servitudes exigeaient un fonds dominant et un fonds servant. Elles étaient positives quand elles permettaient le propriétaire du fonds dominant d'utiliser le fonds grevé, et elles étaient négatives quand elles empêchaient le propriétaire de ce dernier de faire quelque chose dans son terrain. Cependant, à travers cet instrument, le propriétaire du fonds servant ne pouvait pas généralement être lié par des obligations de faire. Gergory, D. D., "The Easement as a Conservation Technique", *IUCN Environmental Law Paper*, N° 1, 1972, p. 10.

tions au droit de propriété qui suivent le fonds à perpétuité, en quelque mains qu'il se trouve, liant ainsi tous les successeurs en titre: les "easements", les "covenants", et les "equitable servitudes". Tous les trois rentrent dans le concept générique de "servitude".

Dans la *Common Law* américaine, un "easement" est "un droit applicable à l'encontre de la terre d'un autre".⁹⁰ Une première classification les sépare en positifs et en négatifs, les premiers permettant à leur titulaire de faire usage du fonds servant par des actions positives auxquelles il n'aurait pas eu droit autrement, et les deuxièmes permettant à leur titulaire d'empêcher le propriétaire du fonds servant de réaliser des actions auxquelles ce dernier aurait eu droit autrement.⁹¹

Une deuxième classification sépare les "easements" en "appurtenant" et "in gross", les premiers étant ceux qui sont établis en faveur d'un fonds dominant et qui sont en conséquence exercés par le propriétaire de ce dernier dans l'intérêt de faciliter et d'améliorer l'exercice de son droit de propriété, et les deuxièmes étant ceux qui ne sont pas établis en faveur d'un fonds dominant mais en faveur d'une personne à titre personnel, et non en tant que propriétaire d'un terrain spécifique. Dans le premier cas les "easements" suivent le fonds dominant et le fonds servant en quelque mains qu'ils se trouvent. Dans le deuxième cas cependant, les "easements" suivent uniquement le fonds grevé en quelque mains qu'il se trouve, et les tribunaux de certains Etats n'acceptent pas que la personne ou l'organisme bénéficiaire puisse les transférer à d'autres personnes ou organismes, ceux-ci s'éteignant en conséquence avec leur décès.⁹² Ceci constitue un désavantage majeur pour l'utilisation des "easements in gross" à des fins de conservation de la nature.

Une autre désavantage majeur est que la *Common Law* ne reconnaît pas des "easements in gross" négatifs. Les "easements" négatifs ne peuvent donc être établis qu'au bénéfice d'un fonds dominant, et sont, de ce fait, "appurtenant".⁹³

Finalement, un grand désavantage des "easements" traditionnels de *Common Law* est que, bien qu'ils puissent être positifs ou négatifs, ils ne peuvent imposer que très rarement des obligations de faire au propriétaire ou au possesseur du fonds servant.⁹⁴

Un "covenant" est "une promesse faite par une personne à une autre de s'abstenir de faire quelque chose".⁹⁵ Plus précisément, on parle de "real covenants" (covenants réels), ou de "restrictive covenants" (covenants restrictifs), pour faire référence aux "promesses ayant un rapport avec l'utilisation de la propriété réelle".⁹⁶

⁹⁰ Cunningham, R. A., Stoebuck, W. B. et Whitman, D. A. cités par Stinson, J. et Wilson, L., *Preserving Open Space with Land Trusts and Conservation Easements*, août 1996, p. 4.

⁹¹ Hollingshead, J. L., "Conservation Easements: A Flexible Tool for Land Preservation", *The Environmental Lawyer*, Vol. 3, N° 2, février 1997, p. 326.

⁹² *Ibid.*, pp. 326-328.

⁹³ Morrisette, P. M., *op.cit.*, pp. 380-381.

⁹⁴ Gregory, D. D., *op.cit.*, p. 16.

⁹⁵ Cunningham, R. A., Stoebuck, W. B. et Whitman, D. A. cités par Stinson, J. et Wilson, L., *op.cit.*, p. 6.

⁹⁶ Hollingshead, J.L., *op.cit.*, p. 330.

Les covenants réels peuvent suivre le fonds grevé et lier les successeurs en titre pourvu qu'ils remplissent certaines conditions exigées généralement par les tribunaux.⁹⁷ Traditionnellement, l'une des conditions requises pour que le covenant réel puisse suivre le fonds grevé, est que le bénéficiaire suive aussi le fonds dominant. Ceci pose un problème pour l'utilisation des covenants réels à des fins de conservation de la nature à perpétuité car ladite condition a la conséquence d'empêcher un covenant réel tenu "*in gross*" de suivre le fonds grevé.⁹⁸

Les "*equitable servitudes*" s'assimilent aux "*covenants*" dans le sens qu'elles constituent aussi une promesse ayant un rapport avec l'utilisation de la propriété réelle. L'une des principales différences, à part le manque de conditions formelles, est le fait qu'elles ne requièrent pas normalement un fonds dominant, pouvant alors être constituées "*in gross*". Cependant, ce dernier point est controversé, les tribunaux de plusieurs Etats n'ayant pas accepté d'adhérer à cette position.⁹⁹

Les difficultés révélées par les servitudes classiques de *Common Law* pour l'établissement de restrictions qui suivent le fonds en quelque main qu'il se trouve sans la condition de l'existence d'un fonds dominant, ont donné lieu à la création, par les lois des Etats, de nouveaux instruments permettant de surmonter lesdits obstacles dans un but de conservation de la nature. Ce phénomène s'est produit non seulement aux Etats-Unis mais aussi dans d'autres pays de tradition de Droit anglo-saxon.

- La création par la loi d'instruments juridiques nouveaux

Les Etats ont créé des instruments juridiques similaires mais différents de leurs prédécesseurs de la *Common Law*. Non seulement des obstacles ont été éliminés, mais aussi les nouveaux instruments, loin d'avoir un caractère général permettant de les utiliser à de multiples finalités, ont été créés dans le but spécifique de conserver la nature. Les expressions utilisées pour désigner ces instruments sont très variées, leur choix étant parfois arbitraire.¹⁰⁰ Aux Etats-Unis ils sont appelés "*conservation easements*" ou "*conservation restrictions*". En Colombie Britannique (Canada),¹⁰¹ et en Nouvelle-Zélande,¹⁰² ils sont appelés "*conservation covenants*". En Australie ils prennent le nom de l'instrument contractuel à travers lequel les restrictions sont établies: "*conservation agreements*", "*heritage agreements*", "*land management co-operative agreements*", etc.

Dans tous les cas, il s'agit d'un instrument volontaire, dans le sens que le propriétaire peut librement négocier et décider de passer ou de ne pas passer l'accord. Cependant, une fois l'accord passé, ses termes deviennent obligatoires pour lui et pour ses successeurs en titre.

⁹⁷ Concernant lesdites conditions, voir: Stinson, J. et Wilson, L., *op.cit.*, pp. 6-7, et Hollingshead, J.L., *op.cit.*, pp. 330-331.

⁹⁸ Hollingshead, J.L., *op.cit.*, pp. 330-331.

⁹⁹ *Ibid.*, pp. 382-383.

¹⁰⁰ Par exemple, dans un rapport contenant des recommandations pour une réforme légale pour la création des "*conservation covenants*" en Colombie Britannique (Canada), a été affirmé: "There are complex and subtle legal differences between covenants and easements under the common law and equitable rules. However, these differences become largely irrelevant when a statute creates a new legal instrument, as is recommended in this report. For a number of reasons, some arbitrary, this report favours the use of the term "*conservation covenant*". *Using Conservation Covenants to Preserve Private Land in B.C.*, in http://www.wcel.org/wcelpub/2986_4.html.

¹⁰¹ Land Trust Alliance, "There is a powerful new tool -the "*conservation covenant*" that helps conserve natural and cultural features on lands", in <http://www.landtrustalliance.bc.ca/public/covenant%20broc.pdf>.

Les caractéristiques de ces instruments originaux varient considérablement d'une législation à l'autre à l'intérieur des pays de tradition de droit anglo-saxon. Il n'est pas possible, dans le cadre de ce travail, de les analyser tous. Il existe, cependant, certains traits généraux qui se retrouvent dans un grand nombre de législations. On peut prendre comme exemple les caractéristiques établies aux Etats-Unis dans le "*Uniform Conservation Easement Act (UCEA)*" adopté en 1981 pour servir comme modèle aux Etats pour l'élaboration de lois créant ce genre d'"*easements*".

Aux termes de l'UCEA, les "*conservation easements*" peuvent imposer des obligations aussi bien de faire que de ne pas faire, peuvent être établis "*in gross*", au bénéfice d'une agence gouvernementale ou d'une organisation non-gouvernementale agréée de conservation de la nature,¹⁰³ suivent toujours le fonds grevé en quelque mains qu'il se trouve, liant ainsi les successeurs en titre, doivent être enregistrés dans le titre de propriété, et sont établis à perpétuité sauf stipulation contraire.¹⁰⁴

En Australie,¹⁰⁵ le terme "*covenant*" est généralement utilisé pour faire référence aux accords passés entre un propriétaire et une personne publique ou privée, par lesquels sont établies des restrictions à l'utilisation de la terre liant aussi bien le propriétaire contractant que ses successeurs en titre.¹⁰⁶ Ces accords sont réglementés par les lois des Etats, ce qui a pour conséquence l'existence de différences entre chacun d'entre eux, comme par exemple quant au nom que chaque loi donne au type d'accord qu'elle crée.

Dans les lois des Etats australiens, l'inscription de l'accord dans le titre de propriété est toujours une condition nécessaire pour que le "*covenant*" suive le fonds en quelque mains qu'il se trouve, liant ainsi les propriétaires futurs. Certaines différences peuvent cependant exister: Ainsi, parfois les lois établissent une double condition pour que l'accord puisse lier les propriétaires futurs: d'une part que l'accord stipule expressément qu'il lie les propriétaires futurs, et d'autre part, qu'il soit inscrit dans le titre de propriété.¹⁰⁷ Parfois la loi peut établir comme seule condition pour lier les propriétaires futurs l'inscription de l'accord dans le titre.¹⁰⁸

¹⁰² Christ Church City Council, "Conservation Covenants (Reserves Act 1997)", in <http://www.ccc.govt.nz/Publications/ConservationCovenants/introduction.asp>.

¹⁰³ Les bénéficiaires des "*conservation easements*" aux Etats-Unis ont été notamment des fiducies foncières ("*land trusts*"), lesquelles sont des organisations qui ont pour but ultime la conservation, la gestion, et la protection des terres. Piskulich, Z., "El manejo y conservación de tierras privadas: Una guía para las organizaciones", *Manual de Capacitación N° 4*, The Nature Conservancy, 2001, p. 7.

¹⁰⁴ Hollingshead, J.L., *op.cit.*, pp. 335-336, et Farrier, D., *op.cit.*, p. 343.

¹⁰⁵ Pour plus d'information voir Giraud-Kinley, C., "La protection conventionnelle des espaces naturels en Australie", in Crideau, "La protection conventionnelle des espaces naturels. Etude de droit comparé de l'environnement" (sous la direction scientifique de Catherine Giraudel), Limoges, pp. 141-172.

¹⁰⁶ Voir, Environment Australia, "Covenants for Conservation brochure", 2003, in <http://www.ea.gov.au.nrm.covenant>.

¹⁰⁷ Par exemple, les articles 71 et 72 de la *Conservation, Forests and Lands Act 1987* de Victoria, et les articles 45, 51 et 134 de la *Nature Conservation Act 1992* de Queensland.

¹⁰⁸ Par exemple, l'article 44 de la *Native Vegetation Conservation Act 1997* de New South Wales, et l'article 69E de la *National Parks and Wildlife Act 1974* de New South Wales. L'article 23 (2) de la *Native Vegetation Act 1991* de South Australia, déclare les accords de patrimoine ("*heritage agreements*") comme étant opposables aux successeurs en titre, et l'article 23B exige leur inscription dans le titre.

En Australie, les “*covenants*” sont généralement établis à perpétuité, mais ils peuvent aussi être établis pour une durée limitée. Le caractère permanent de ces accords est encore affaibli lorsque des dispositions légales prévoient que les parties contractantes peuvent à tout moment, par accord amiable, modifier les termes du “*covenant*” ou mettre fin à celui-ci.¹⁰⁹ Dans certains cas, les lois ne spécifient pas si un tel accord amiable modifiant ou mettant fin au “*covenant*” peut être passé seulement par le propriétaire originairement contractant ou s’il peut être passé aussi par les propriétaires lui succédant.¹¹⁰ Dans certains cas, les lois autorisent la partie cocontractante à modifier ou à mettre fin au “*covenant*” unilatéralement, c’est-à-dire, sans le consentement du propriétaire.¹¹¹ Certaines lois peuvent aussi autoriser le propriétaire à mettre fin au “*covenant*” unilatéralement au cas où la partie cocontractante modifie les termes du *covenant* sans son consentement.¹¹² Certaines lois peuvent également autoriser le propriétaire et son co-contractant, à défaut d’accord entre eux, à demander à une instance supérieure de modifier ou de mettre fin au *covenant*.¹¹³

Bien que les parties puissent négocier librement les termes du “*covenant*” dans les limites établies à cet effet par la loi. Il y a donc certains aspects qui, de par la loi, ne sont pas négociables. Par exemple, si la loi dispose que la modification ou la résiliation unilatérale par la partie cocontractante ne donne pas lieu à une compensation en faveur du propriétaire,¹¹⁴ les parties ne peuvent pas prévoir l’octroi d’une telle compensation.

Dans certains Etats australiens, les fiducies foncières (“*land trusts*”) ont utilisé une technique originale appelée “*revolving funds*” pour établir des “*conservation covenants*” sur des terrains privés.¹¹⁵ A travers cette technique, l’organisation acquiert un terrain de haute valeur écologique, établit un “*covenant*”, et vend le terrain à un particulier. Le nouveau propriétaire acquiert une propriété dont l’utilisation est déjà limitée à perpétuité. Cet instrument présente certaines avantages: le nouveau propriétaire connaissant à l’avance les restrictions qui pèsent sur la propriété, il s’agira de quelqu’un de dévoué à la conservation de la nature. Les fonds consacrés au programme ne s’épuisent pas car, en vendant la propriété, l’ONG récupère ce qu’elle a dépensé.

2.1.2 Les “*servitudes écologiques*” en pays de tradition de droit romain

Le terme “*servitude écologique*” a été utilisé jusqu’à présent dans des pays d’Amérique latine pour faire référence aux servitudes conventionnelles de droit privé utilisées dans un but de conservation

¹⁰⁹ Par exemple, l’article 43 (2) et (3) de la *Native Vegetation Conservation Act 1997* de New South Wales, et l’article 69D (2) et (3) de la *National Parks and Wildlife Act 1974* de New South Wales.

¹¹⁰ Par exemple, l’article 76 (1) (a) de la *Conservation, Forests and Lands Act 1987* de Victoria, l’article 48 de la *Nature Conservation Act 1992* de Queensland, et l’article 23 (3) de la *Native Vegetation Act 1991* de South Australia.

¹¹¹ Par exemple, l’article 69 D (4) de la *National Parks and Wildlife Act 1974* de New South Wales, et l’article 47 (2) (a) (ii) de la *Nature Conservation Act 1992* de Queensland.

¹¹² Par exemple, l’article 69 D (6) de la *National Parks and Wildlife Act 1974* de New South Wales.

¹¹³ Par exemple, l’article 76 (2) de la *Conservation, Forests and Lands Act 1987* de Victoria.

¹¹⁴ Comme le fait, par exemple, en Australie, l’article 69 D (7) de la *National Parks and Wildlife Act 1974* de New South Wales.

¹¹⁵ En Australie, des programmes de “*revolving funds*” sont menés actuellement par des fiducies foncières (“*land trusts*”) de New South Wales, Victoria, et Western Australia. Voir Minister for the Environment and Heritage, *Media release: “1\$ for Private Land Conservation in New South Wales”*, 10 avril 2003, in <http://www.ea.gov.au/minister/env/2003/mr10apr303.html>.

de la nature. De façon similaire à ce qui s'est passé dans les pays de tradition de droit Anglo-saxon étudiés plus haut, on assiste aujourd'hui en Amérique latine à un mouvement pour la promulgation de lois créant un nouvel instrument juridique de conservation de la nature qui élimine les obstacles présentés par les servitudes conventionnelles classiques pour leur utilisation à des fins de conservation de la nature. Le terme sera utilisé dans ce rapport pour faire référence exclusivement à ces nouveaux instruments juridiques.

En Amérique latine, les limites financières des Etats pour acquérir des terres pour la conservation de la nature, ainsi que le manque d'efficacité des restrictions imposées à l'utilisation des biens, ont encouragé des ONG¹¹⁶ à rechercher et à promouvoir l'utilisation d'instruments volontaires dans ce but. Parmi tous les instruments de droit privé pouvant servir à des fins de protection, la servitude volontaire a d'abord été privilégiée, car c'est le seul permettant une protection à perpétuité. Les conditions exigées par les Codes civils pour la création des servitudes conventionnelles présentant cependant souvent des difficultés quant à leur utilisation pour la conservation de la nature, la tendance actuelle est la promulgation de lois créant des instruments juridiques nouveaux, sur le modèle des "conservation easements" des législations des Etats américains, appelés "servitudes écologiques".

- L'utilisation des servitudes conventionnelles de droit privé

Les servitudes conventionnelles de droit privé ont été considérées traditionnellement comme étant peu aptes à être utilisées dans un but de conservation de la nature, du fait, notamment, de certaines conditions requises par les codes civils, telles que l'existence de deux fonds, un servant et un dominant, appartenant à des propriétaires différents, et l'exigence de la contiguïté desdits fonds.¹¹⁷

Dans certains pays, la contiguïté des fonds n'est pas une condition pour l'établissement d'une servitude volontaire. Par exemple, en Argentine,¹¹⁸ au Chili,¹¹⁹ et au Nicaragua,¹²⁰ le Code civil n'exige pas que les deux fonds soient contigus, mais il faut cependant que la servitude procure une utilité au fonds dominant.

Dans certains cas, la condition de contiguïté a pu être affaiblie par l'interprétation des textes. Par exemple, au Salvador et en Honduras, où le Code civil exige que les fonds soient "voisins", ce terme a été interprété par des commentateurs comme n'étant pas équivalent au terme "contigus", mais comme exigeant seulement que les terrains soient suffisamment proches l'un de l'autre, de façon à ce que la distance ne soit pas un obstacle à l'utilisation de la servitude.¹²¹

De rares codes civils prévoient la possibilité de la création de servitudes volontaires sans fonds dominant, c'est-à-dire, pouvant être créées en faveur d'une personne. C'est le cas, par exemple,

¹¹⁶ Par exemple, The Nature Conservancy (Etats-Unis), PRONATURA (Mexique), CODEFF (Chili), CEDARENA (Costa Rica), CEDA (Equateur), SPDA (Pérou), Fundação o Boticário de Proteção a Natureza (Brésil), et PROMETA (Bolivie).

¹¹⁷ Bowles, I. A., Clark, D., Downes, D. et Guerin-McManus, M., "Encouraging Private Sector Support for Biodiversity Conservation", *CI Policy Papers*, Vol. 1, Conservation International, 1996, p. 7.

¹¹⁸ Castelli, L., *Conservación de la Naturaleza en Tierras de Propiedad Privada*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, 2001, pp. 12, 16 et 17.

¹¹⁹ CODEFF, *Las Áreas Silvestres Protegidas Privadas en Chile. Una herramienta para la conservación*, Santiago, 1999, p. 61.

¹²⁰ Chacón Marín, C. M. et Castro Córdoba, R. (éditeurs), *op.cit.*, p. 127.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 106 et 116.

de l'Allemagne, de l'Espagne, et de la Suisse. En Allemagne, les articles 1090 et 1018 du Code civil permettent de grever un terrain au bénéfice de personnes physiques, d'organisations ayant un statut juridique, ainsi que de l'Etat, à travers la figure du "*beschränkte, persönliche Dienstbarkeit*" (une servitude personnelle limitée).¹²² En Espagne, l'article 531 du Code civil dispose qu'il est possible d'établir des servitudes en faveur d'une ou de plusieurs personnes, même en faveur d'une communauté, à condition qu'elles ne soient pas les propriétaires du fonds grevé.

En Suisse, les servitudes constituées en faveur d'une personne ont déjà été très utilisées à des fins de protection des espaces naturels par des organisations de protection de l'environnement. Elles sont parfois conclues à perpétuité, mais peuvent l'être aussi pour une durée limitée, comme par exemple dans le canton de Vaud, où elles sont généralement conclues pour des périodes de 25 ans.¹²³

Dans le cas de l'Allemagne, la raison principale de l'utilisation limitée de ce type de servitude sans fonds dominant, dans un but de protection de la nature, est qu'elle ne peut imposer au propriétaire du fonds servant que des obligations de ne pas faire ou des obligations de tolérer l'utilisation du terrain par le titulaire. Des obligations de faire, à part l'entretien approprié du terrain, sont exclues.¹²⁴

Le cas de l'Allemagne n'est pas unique. On peut dire que, sauf quelques exceptions,¹²⁵ la règle générale dans les codes civils est que les servitudes volontaires ne peuvent pas engendrer des obligations de faire pour le propriétaire du fonds servant. C'est aussi le cas en Argentine¹²⁶ et en France,¹²⁷ par exemple.

En Suisse, cette limitation a été surmontée par l'engagement du bénéficiaire de la servitude, en général une association privée, à contribuer aux activités de gestion.¹²⁸

Malgré les limites des servitudes conventionnelles de droit privé pour une utilisation dans un but de protection de la nature, cet instrument est devenu, depuis le début des années quatre-vingt-dix, de plus en plus utilisé en Amérique Latine,¹²⁹ car il présente également des avantages pour la conservation de la nature à perpétuité.

¹²² Gregory, D. D., *op.cit.*, p. 42.

¹²³ Petitpierre-Sauvain, A., "La protection conventionnelle des espaces naturels. Aperçu du droit suisse", in Crideau, *op.cit.*, p. 384.

¹²⁴ Rehbindler, E., "La protection conventionnelle des espaces naturels en Allemagne: 1ère Partie, Aspects Généraux", in Crideau, *op.cit.*, pp. 120-121.

¹²⁵ Par exemple l'Honduras et le Guatemala. Voir Amilien, C., Mack, S. A., Chacón, C. M., Castro, R. et Meza, A., "La conservation conventionnelle des ressources naturelles en Amérique Centrale", *Revue juridique de l'environnement*, Vol. 1, 1999, p. 26.

¹²⁶ Castelli, L., *op.cit.*, p. 13.

¹²⁷ Giraudel, C., "Un phénomène nouveau: le développement des conventions de partenariat privé", in Crideau, *op.cit.*, 559 p.

¹²⁸ Petitpierre-Sauvain, A., "La protection conventionnelle des espaces naturels. Aperçu du droit suisse", in Crideau, *op.cit.*, p. 385.

¹²⁹ La première servitude volontaire de Droit privée utilisée dans un but de conservation à été établie au Costa Rica, en 1992. Voir Mack, S. A., *op.cit.*, p. 10, et Atmella, A., *op.cit.*, p. II-2.

L'avantage principal de ce type de servitude est qu'il s'agit d'un droit réel, créant un droit sur le fonds servant qui suit le terrain en quelque main qu'il se trouve, indépendamment d'un transfert de propriété. Pour pouvoir suivre le fonds elles doivent être enregistrées dans le titre de propriété, ce qui les rend aussi opposables aux tiers. Il faut noter, cependant, que même si ces servitudes conventionnelles sont établies pour une durée déterminée ou à perpétuité, les propriétaires des deux fonds peuvent à tout moment s'accorder pour modifier ou mettre fin à la servitude. De même, le propriétaire du fonds dominant peut à tout moment renoncer au droit constitué en faveur de son terrain. Cependant, le propriétaire du fonds servant n'a jamais la possibilité de mettre fin unilatéralement à la servitude.

Une autre caractéristique qui s'adapte très bien au but de conservation de la nature est sa flexibilité, car le propriétaire du fonds servant a un marge très ample pour décider d'aspects divers, tels que la durée de la servitude (un délai déterminé ou à perpétuité), les usages auxquels il renonce, et les restrictions aux usages auxquels il ne renonce pas.

Un pays pionnier et avec une grande expérience dans l'utilisation de ce type de servitudes en Amérique latine est le Costa Rica, grâce notamment au travail des ONG CEDARENA¹³⁰ et COMBOS.¹³¹ On peut constater l'évolution suivante: dans un premier temps, avant 1998, le rôle de ces organisations a été dans la plupart des cas limité à servir de consultant juridique aux propriétaires qui voulaient passer un tel accord, et à élaborer les contrats nécessaires. La constitution de ces servitudes ne se faisait pas dans le cadre d'une stratégie, mais elle se faisait plutôt de façon dispersée et au cas par cas, suivant la demande des propriétaires. Dans un deuxième temps, après 1998, CEDARENA a pris un rôle plus direct et actif en faisant de l'établissement des servitudes un outil de mise en œuvre de stratégies de conservation de la nature, par exemple, pour la consolidation des corridors biologiques. Pour ce faire, l'organisation a acquis des parcelles dans le but de les utiliser comme fonds dominants, et en effectuant un travail de promotion et de marketing pour convaincre les propriétaires de fonds servants possibles de passer avec elle des contrats de servitude.

Les servitudes constituées dans le premier temps n'avaient pas toujours parmi leurs parties contractantes une ONG de conservation de la nature. Dans un nombre important de cas les parties étaient des personnes physiques et/ou des sociétés anonymes. Les contrats par lesquels ces servitudes ont été créées présentaient certaines faiblesses de contenu quant à leur contrôle et leur application. Premièrement, ils ne contenaient pas de dispositions spécifiques sur la façon dont le propriétaire du fonds dominant allait mener les inspections sur le fonds servant, par exemple leur périodicité et les endroits par lesquels ledit propriétaire pouvait transiter. Deuxièmement, les contrats ne contenaient pas d'informations spécifiques sur les caractéristiques du fonds servant au moment de la constitution de la servitude. Ces informations sont très importantes pour la vérification du respect de la servitude, car elles constituent la base à partir de laquelle des comparaisons peuvent être faites lors des inspections futures. Finalement, elles ne contenaient pas de clauses prévoyant des mécanismes autres que la voie judiciaire pour la résolution de conflits possibles.¹³²

Ces faiblesses ont été élimées dans les servitudes constituées par CEDARENA dans un deuxième temps, car l'utilisation à grande échelle de ces instruments ne sert à rien si un contrôle n'est pas exercé de façon à garantir leur respect, et donc leur efficacité. Au delà de leur encadrement

¹³⁰ Centre pour le droit de l'environnement et des ressources naturelles.

¹³¹ Association pour la conservation et la gestion des forêts tropicales.

¹³² Chacón Marín, C. M., "Análisis de contratos de servidumbres ecológicas en Costa Rica", in Chacón Marín, C. M. et Castro Córdoba, R. (éditeurs), *op.cit.*, pp. 53-60, et Amilien, C., Mack, S. A., Chacón Marín, C. M., Castro, R. et Meza, A., *op.cit.*, p. 30.

par des stratégies spécifiques de conservation de la nature, les nouveaux contrats sont élaborés d'une façon plus professionnelle, avec une participation multidisciplinaire. Les restrictions à l'utilisation de la terre sont définies en accord avec le propriétaire du fonds servant sur la base d'une étude scientifique portant sur les caractéristiques naturelles du terrain, sur les usages actuels, et sur les meilleurs usages possibles. Des plans établissant le zonage des différents types d'usage sont élaborés, les informations de base sur les caractéristiques du terrain sont recueillies, un plan sur le contrôle et la vérification du respect des engagements est établi, et des mécanismes alternatifs pour la résolution des conflits sont prévus.

Ces nouvelles servitudes présentent aussi l'avantage, par rapport aux premières, que dans tous les cas, CEDARENA a, en tant que propriétaire des fonds dominants, la responsabilité d'effectuer le contrôle et de veiller à leur application. Dans le cas des premières servitudes, cette responsabilité appartenait à des personnes qui n'avaient pas forcément la capacité de l'assumer, car il faut avoir, entre autres, le temps et les moyens techniques et financiers pour contrôler et vérifier le respect des engagements pris par son co-contractant, et pour exiger leur application en cas de non-respect.

Précisément pour ces raisons, il est conseillé que ces responsabilités soient assumées par des organisations qui remplissent certaines conditions structurelles minimum, notamment en ce qui concerne leur mission, leur conseil d'administration, leur budget, et leur personnel, de façon à être en mesure de prendre en charge la surveillance et l'application, même par voie judiciaire, des engagements pris par le propriétaire du fonds grevé.¹³³ Il existe même la possibilité que, dans les cas où le propriétaire du fonds dominant n'est pas une organisation ayant ces caractéristiques, les parties s'accordent pour attribuer la responsabilité des inspections à une organisation ayant une structure adéquate.¹³⁴

Un exemple de l'utilisation des servitudes conventionnelles de droit privé à des fins de conservation de la nature est celui des servitudes constituées au Honduras pour la protection des sources d'eau du micro-bassin hydrographique de Santa Barbara, situé dans la zone d'influence du Lac Yohoa, la réserve naturelle d'eau douce la plus grande du Honduras, dont les eaux sont utilisées dans la production de 20 pour-cent de l'énergie hydroélectrique du pays.¹³⁵ Ces servitudes ont été instaurées sur quatorze terrains privés en faveur d'un terrain appartenant à la Municipalité de Santa Barbara (fonds dominant). A l'image des servitudes établies actuellement par CEDARENA au Costa Rica, les restrictions à l'utilisation des terres ont été déterminées sur la base d'études scientifiques portant sur l'utilisation actuelle des terrains, ainsi que sur leur utilisation idéale conformément à leurs caractéristiques naturelles.

Si dans l'exemple des servitudes constituées au Honduras les propriétaires des fonds servants ont été compensés par le paiement du service environnemental de protection de la ressource hydrique, il n'en demeure pas moins que jusqu'à récemment la plupart des servitudes établies au Costa Rica ont été gratuites. Ce dernier peut être un exemple permettant de constater comment dans certains cas l'intérêt du propriétaire peut rejoindre l'intérêt public sans nécessité de mesures additionnelles d'incitation.

Bien que les résultats de l'utilisation des servitudes conventionnelles de droit privé à des fins de conservation de la nature aient été positifs en Amérique latine, on cherche cependant à éliminer les obstacles qu'elles présentent, par la création d'un nouveau type de servitude volontaire spécialement adaptée aux exigences de la conservation de la nature.

¹³³ Voir Piskulich, Z., *op.cit.*, pp. 7-12.

¹³⁴ Chacón Marín, C. M., "Análisis de contratos de servidumbres ecológicas en Costa Rica", in Chacón Marín, C. M. et Castro Córdoba, R. (éditeurs), *op.cit.*, p. 59.

¹³⁵ Dada, J. J., *op.cit.*

- Vers la création d'un nouvel instrument: les "*servitudes écologiques*"

La tendance envisagée en Amérique Latine pour les années à venir est à la promulgation de lois créant une servitude spéciale de conservation de la nature pouvant être constituée en faveur de personnes morales, c'est-à-dire, sans la condition d'un fonds dominant, se rapprochant ainsi des "*easements in gross*" du *Common Law* des Etats-Unis, et notamment des "*conservation easements*" créés par les lois des Etats de ce pays.

Des dispositions législatives dans ce sens ont déjà été promulguées dans certains pays. C'est le cas de trois Etats du Mexique (Nuevo León, Quintana Roo, et Veracruz¹³⁶),¹³⁷ et dans une province argentine (Chubut). Dans ce dernier cas, la Loi sur les aires protégées de la province de Chubut, autorise une agence administrative à passer des accords avec les propriétaires privés pour la constitution de "*servitudes écologiques*" en faveur de l'Etat de la province.¹³⁸

Dans d'autres pays, des projets de lois pour la création de servitudes de conservation de la nature sans fonds dominant ont déjà été présentés aux parlements. C'est le cas, par exemple, du Chili, du Costa Rica, et de l'Equateur.¹³⁹

Le projet de loi costaricien¹⁴⁰ définit la "*servitude écologique*" comme "*un droit réel constitué sur un bien immeuble appartenant à une autre personne, et en faveur d'une entité qualifiée, à travers lequel sont planifiées les activités, ainsi que le type et l'intensité de l'utilisation qui peut avoir lieu sur ce bien dans le futur, avec la finalité publique de conserver ses valeurs biologiques, culturelles, paysagères, hydrologiques, récréatives, ou productives, et de maintenir les services environnementaux qu'il rend à toute la société*".¹⁴¹

Ce projet de loi vise à réglementer de nombreux aspects des servitudes écologiques. Par exemple, s'agissant des "*entités qualifiées*" pouvant être titulaires dudit droit réel, il mentionne les agences publiques, les universités étatiques, les églises ayant leur propre personnalité juridique, les associations de développement, ainsi que les associations déclarées d'utilité publique et les fondations dont le pacte constitutif établit parmi leurs objectifs la protection desdites valeurs. Il prévoit que lesdites entités doivent remplir certaines conditions structurelles et financières pour pouvoir être inscrites dans le registre spécial d'entités qualifiées.¹⁴²

Le projet vise également à réglementer des aspects de ces servitudes tels que leur constitution (contrat, études biophysiques du terrain, inscription dans le Registre foncier, etc.), leur durée (à perpétuité ou pour un délai minimum de cinquante ans), les conditions pour leur modification (par

¹³⁶ Article 89 de la Loi sur la protection de l'environnement et le développement durable de l'Etat de Veracruz. Gutiérrez Lacayo, M., Bacmaister, A., Ortiz Martínez de Kores, G. *et al.*, *op.cit.*, p. 29.

¹³⁷ Swift, B., Sanjines, V., Theulen, V., *et al.*, *Promoting Private Land Conservation in Latin America: Models for Success*, Environmental Law Institute, Washington, 2003.

¹³⁸ Castelli, L., *op.cit.*, pp. 14, 18 et 26.

¹³⁹ Swift, B., Sanjines, V., Theulen, V., *et al.*, *op.cit.*

¹⁴⁰ Projet de loi de "*promotion de la conservation des terres privées*", dossier législatif N° 14 924.

¹⁴¹ Article 3 du projet de loi de "*promotion de la conservation des terres privées*", dossier législatif N° 14 924.

¹⁴² Article 6 du projet de loi de "*promotion de la conservation des terres privées*", dossier législatif N° 14 924.

accord entre le propriétaire et l'entité qualifiée), les clauses du contrat constitutif, le contrôle et l'application, et les mesures d'incitation.¹⁴³

Le nouvel instrument qu'on entend créer a plus une nature publique que privée. Sa nature juridique ressemble à celle d'une servitude administrative, car elle est constituée dans un but d'intérêt général, contrairement à la servitude volontaire de droit privé qui doit être constituée dans le but principal de rendre une utilité à un autre fonds.

En plus des instruments permettant d'établir des obligations à perpétuité, il en existe d'autres, à travers lesquels ne peuvent être établies que des obligations temporaires.

2.2 Instruments pouvant établir uniquement des obligations temporaires

Parmi les instruments pouvant établir uniquement des obligations temporaires, on peut distinguer ceux relevant du droit privé (2.2.1), et ceux relevant du droit public (2.2.2).

2.2.1 Instruments relevant du droit privé

Plusieurs instruments contractuels de droit privé pouvant établir uniquement des obligations temporaires sont utilisables à des fins de conservation de la nature. C'est le cas, par exemple, de l'usufruit, du commodat, de l'affermage, et du fidéicommiss.¹⁴⁴ On ne fera référence, dans le cadre de ce travail, qu'au premier.

A travers l'usufruit, les droits d'user et de jouir de la chose inhérents au droit de propriété sont transférés à un tiers, le propriétaire ne demeurant titulaire que de la nue propriété (le droit de disposer de la chose). De même que la servitude volontaire, l'usufruit est un droit réel, c'est-à-dire, un droit sur un terrain. Cependant, contrairement à la servitude, l'usufruit ne peut pas être établi à perpétuité.

S'agissant, par exemple, des pays d'Amérique centrale ayant une tradition de droit romain, en cas d'absence de stipulation quant à la durée de l'usufruit, il est réputé établi pour la durée de vie de l'usufruitier. De même, le Code civil de chacun de ces pays établit une durée maximale, dans le cas de l'usufruit établi en faveur d'une personne morale, pouvant s'étaler de dix à trente ans selon les pays.¹⁴⁵

L'usufruit est considéré comme un instrument naturellement apte à être utilisé à des fins de conservation, car l'usufruitier a l'obligation de rendre le terrain, à la fin de l'usufruit, dans l'état où il l'a reçu. Au Chili par exemple, si le terrain contient des bois et forêts, le propriétaire est obligé de les conserver, ce qui implique non seulement qu'il doit remplacer les arbres qu'il coupe, mais aussi que s'agissant d'une forêt naturelle, le propriétaire ne peut pas remplacer lesdits arbres par des essences exotiques.¹⁴⁶

Il existe déjà quelques cas concrets dans lesquels l'usufruit a été utilisé à des fins de conservation de la nature. Par exemple, au Guatemala, un propriétaire privé a concédé à l'ONG

¹⁴³ Articles 8 à 16 du projet de loi de "promotion de la conservation des terres privées", dossier législatif N° 14 924.

¹⁴⁴ Voir Atmella, A., *op.cit.*, 1995.

¹⁴⁵ Amilien, C., Mack, S. A., Chacón, C. M., Castro, R. et Meza, A., *op.cit.*, pp. 31.

¹⁴⁶ CODEFF, *op.cit.*, p. 64.

“Defensores de la Naturaleza”, pour une période de trente ans, l’usufruit sur son terrain en vue de créer un corridor biologique entre deux aires protégées gérées par ladite ONG.¹⁴⁷

2.2.2 Instruments relevant du droit public

Nous ferons référence ici à certains types de contrats conçus par l’Etat pour associer les propriétaires aux politiques publiques de conservation de la nature. Ces contrats, passés entre une agence gouvernementale et un propriétaire, sont le plus souvent établis dans le cadre d’un programme d’incitations.

Caractéristique de ces types de contrats, connus par certains auteurs sous le nom de “*conventions de gestion*”,¹⁴⁸ est l’établissement pour le propriétaire d’obligations de ne pas faire, mais surtout de faire, en contrepartie desquelles il reçoit de l’Etat des aides financières. Ces dernières constituent “*la carotte*” utilisée dans le but de provoquer un changement spécifique dans le comportement des administrés.

Ils présentent le grand désavantage qu’ils ne sont établis que pour de courtes durées, ne pouvant pas en conséquence garantir une conservation de la nature à long terme, et encore moins à perpétuité. La permanence de la conservation n’est garantie que pendant la durée du contrat. Deux risques liés au caractère temporaire de ce système le rendent incertain: d’une part, il est possible qu’une fois le délai du contrat expiré l’Etat n’ait plus le budget nécessaire pour pouvoir le renouveler. D’autre part, il est possible qu’à la fin dudit délai le propriétaire ne veuille plus le renouveler.

Parmi les types de contrats temporaires auxquels on fait référence ici, il faut distinguer ceux qui sont conclus “*intuitu personae*”, de ceux qui sont conclus “*intuitu rei*”.

- Contrats conclus “*intuitu personae*”

Le plus souvent, les contrats conçus par l’Etat pour associer les propriétaires aux politiques publiques de protection de la nature sont conclus “*intuitu personae*”. Dans ces cas, le droit créé est un droit personnel, c’est-à-dire, un droit envers la personne qui a signé le contrat, en l’occurrence le propriétaire du terrain, contrairement à d’autres types d’instruments déjà analysés, tels que les “*easements*”, les covenants réels, et les servitudes conventionnelles, lesquels créent un droit réel, c’est-à-dire, un droit sur le terrain. Le caractère personnel a comme conséquence que, en cas de transmission d’une partie ou de la totalité du terrain pendant la période d’engagement du titulaire du contrat, ce dernier n’est pas transmis automatiquement au nouvel acquéreur.

Un exemple de ce type de contrats est celui des contrats territoriaux d’exploitation (CTE) en France,¹⁴⁹ destinés à mettre en œuvre la politique publique de développement durable de

¹⁴⁷ Amilien, C., Mack, S. A., Chacón Marín, C. M., Castro, R. et Meza, A., *op.cit.*, pp. 31.

¹⁴⁸ Voir De Klemm, C., *Wild Plant Conservation and the Law*, *op.cit.*, p. 124, De Klemm, C. et Shine, C., *Biological Diversity Conservation and the Law*, *op.cit.*, p. 245, et De Klemm, C. et Shine, C., “Mesures juridiques pour la conservation des espaces naturels”, *op.cit.*, p. 71.

¹⁴⁹ Ces contrats ont été instaurés par la Loi d’orientation agricole N° 99-574 du 19 juillet 1999. Ils trouvent leur source normative principale dans les deux règlements européens du Conseil et de la Commission, N° 1257/99 du 17 mai 1999 et N° 1750/99 du 23 juillet 1999, respectivement. Collart Dutilleul, F., “Les contrats territoriaux d’exploitation”, *Revue de Droit rural*, N° 274, juin-juillet 1999, pp. 344-349, et Struillou, J.-F., “La prépondérance de la dimension environnementale dans les contrats territoriaux d’exploitation”, *Economie rurale*, N° 273-274, janvier-avril 2003, pp. 212-226.

l'agriculture. A travers ces contrats, souscrits pour une durée de 5 ans, les exploitants agricoles prennent des engagements en contrepartie de l'attribution d'aides financières de l'Etat. Ces engagements correspondent à des mesures-types tirées des contrats-types arrêtés par les préfets, et associées à des cahiers des charges également arrêtés par ces derniers. Lesdits engagements tournent autour de deux axes: un axe socio-économique, et un axe gestion du territoire et de l'environnement. S'agissant du deuxième axe, les agriculteurs s'engagent à des actions en faveur, entre autres, de la prévention des risques naturels et des incendies, de la lutte contre l'érosion, de la protection de la biodiversité, de la restauration et de la gestion des éléments naturels du paysage. Ces actions impliquent, plus précisément: mise en place et entretien de coupe-feu, création de champs d'inondation, plantation et entretien de haies, gestion de la biodiversité, entretien des berges des cours d'eau, etc. Selon le Code rural,¹⁵⁰ en cas de cession, en cours de contrat, de la totalité ou d'une partie de l'exploitation à une autre personne physique ou morale, celle-ci a la possibilité, mais non l'obligation, de reprendre le contrat et de poursuivre les engagements souscrits.

Un autre exemple est celui des contrats signés aux Etats-Unis dans le cadre du "*Conservation Reserve Program*" (CRP). Ces contrats sont signés généralement pour une durée de dix ans. Les propriétaires reçoivent des aides publiques en contrepartie desquelles ils s'engagent, entre autres, à convertir leurs terres agricoles à des usages moins intensifs, et à accroître la couverture végétale.¹⁵¹ En cas de cession, en cours de contrat, de la totalité ou d'une partie du terrain, le nouveau propriétaire a la faculté de signer un nouveau contrat de CRP, dans les mêmes termes et aux mêmes conditions que celui signé par l'ancien propriétaire, c'est-à-dire qu'il devient successeur du contrat initial. Cependant, si le nouveau propriétaire décide de ne pas devenir successeur du contrat initial, des sanctions sont appliquées à l'encontre de l'ancien propriétaire, comme par exemple la dévolution des sommes perçues plus des intérêts.¹⁵²

- Contrats conclus "*intuitu rei*"

Dans certains cas, les contrats conclus par l'Etat pour associer les propriétaires privés aux politiques publiques de protection de la nature sont conclus "*intuitu rei*", créant ainsi un droit réel, c'est-à-dire, un droit sur le terrain, non sur la personne du propriétaire signataire.

Un exemple est celui des contrats pour le paiement des services environnementaux rendus par les forêts au Costa Rica.¹⁵³ Les activités que l'Etat vise à encourager à travers ce paiement sont le reboisement (plantations de bois en monocultures), la gestion de la forêt naturelle (exploitation de la forêt naturelle selon des plans de gestion), la conservation de cette dernière, et la régénération naturelle sur des terrains qui ont été déboisés. La durée du contrat, et par conséquent la durée des engagements, varie selon le type d'activité à exécuter: 5 ans pour la conservation et la régénération, 10 ans pour la gestion, et un maximum de 15 ans pour le reboisement.¹⁵⁴ Les obligations contenues dans le contrat pour l'octroi du paiement des services environnementaux sont inscrites dans le

¹⁵⁰ Article R.341-16 du Code rural.

¹⁵¹ Farrier, D., *op.cit.*, p. 329-334.

¹⁵² Article 16 de l'annexe aux contrats du CRP. U.S. Department of Agriculture, *Appendix to form CRP-1, Conservation Reserve Program Contract*, in http://www.sc.egov.usda.gov/eforms/Forms/CRP0001APPENDIX_030501V01.pdf.

¹⁵³ Articles 3, incise k), et 46 de la Loi forestière N° 7575 de 1996.

¹⁵⁴ Dans le cas du reboisement, la durée du contrat est égale à la durée de la récolte pour l'essence à planter, ne pouvant pas excéder de 15 ans. Voir, par exemple, Décret N° 26977-MINAE du 20 avril 1998, Décret N° 27831-MINAE du 23 février 1999, et Décret N° 28610-MINAE du 31 mars 2000.

Registre foncier. Elles suivent par conséquent le fonds en quelque mains qu'il se trouve, liant ainsi les propriétaires futurs. Ces derniers ne peuvent échapper auxdites obligations qu'en rendant le montant déjà payé par l'Administration, hypothèse dans laquelle le contrat est résilié.¹⁵⁵

Un autre exemple de contrats conclus "*intuitu rei*" sont, en Angleterre, les conventions de gestion relatives aux Sites d'intérêt scientifique particulier (SSSI), auxquels on a déjà fait référence.¹⁵⁶ Ces conventions sont passées entre English Nature et le propriétaire d'un terrain situé dans le périmètre d'un SSSI qui a notifié son intention d'entreprendre une opération inscrite parmi celles pouvant occasionner un dommage ou même détruire un SSSI ou une de ses caractéristiques d'intérêt particulier. Elles lient les successeurs en titre, sauf s'il en a été expressément convenu autrement.¹⁵⁷

IV. Conclusion

L'un des aspects qui se dégage clairement de la présente étude est que le droit de propriété n'est pas un droit absolu mais limité, bien que la barre soit placée plus ou moins haut selon les pays. C'est dans ce contexte que différentes techniques ont été essayées afin de trouver un équilibre entre deux intérêts opposés en théorie: l'intérêt des propriétaires à jouir et à tirer un profit de leurs terres, et l'intérêt de la collectivité à jouir d'un environnement sain et écologiquement équilibré. Toutes ces techniques présentent des avantages et des désavantages qui font qu'elles sont une bonne option dans certains cas, mais une mauvaise dans d'autres.

Si la mesure la plus radicale, l'acquisition publique, est en même temps la plus respectueuse du droit de propriété car elle implique une indemnisation juste de l'intégralité de la valeur du terrain, cette technique ne devrait être utilisée qu'exceptionnellement, soit comme ultime recours dans les cas où toutes les autres options moins onéreuses à la fois pour l'Etat et pour les propriétaires ont été épuisées, soit dans les cas spéciaux où un écosystème ou un élément de la nature ne peut être effectivement protégé que sous un régime très strict de propriété publique.

La protection de la nature en tant qu'intérêt public, et plus que cela, en tant que droit collectif, ne peut pas être laissée entièrement à la volonté des particuliers. Les restrictions imposées par la Puissance publique à l'usage des biens sont toujours nécessaires pour assurer un degré raisonnable d'équilibre entre l'intérêt des propriétaires et l'intérêt de la collectivité. Elles doivent faire partie essentielle de toute politique publique de protection de la nature. La preuve est que même dans les pays de Droit anglo-saxon, où le droit de propriété est composé de tous ou de presque tous les droits d'usage possibles et imaginables, ce type d'instruments a été utilisé, dans certains cas même sans être accompagné de mesures de compensation. De plus, même si le point à partir duquel de telles limitations ouvrent droit à indemnité varie selon les pays, il a été généralement accepté par les tribunaux que seulement les restrictions qui dépassent un certain degré doivent être indemnisées.

Les instruments de caractère volontaire, qu'ils reposent sur l'adhésion des propriétaires à des actes unilatéraux de l'Etat ou qu'ils constituent de véritables contrats, ne peuvent être utilisés qu'en

¹⁵⁵ Voir, par exemple, l'annexe N° 7 du Manuel de procédures pour le paiement des services environnementaux, résolution N° 3-MINAE-SINAC-FONAFIFO publiée dans le journal officiel N° 57 du 21 mars 2000, et les annexes N° 6, 7 et 8 du Manuel de procédures pour le paiement des services environnementaux, résolution N° 323-MINAE-SINAC-FONAFIFO publiée dans le journal officiel N° 91 du 13 mai 2000.

¹⁵⁶ Voir *supra*, II., 2.1.2, p. 15.

¹⁵⁷ Shine, C., "Private or voluntary systems of natural habitats' protection and management", *Nature and environment*, N° 85, Conseil de l'Europe, 1996, p. 35.

tant que mesures complémentaires à des restrictions de caractère général relevant du droit imposé, ou bien en tant qu'option à des restrictions imposées de caractère spécial qui risqueraient de dénaturer le droit de propriété ou à l'acquisition publique. Par exemple, les instruments volontaires peuvent servir de complément aux restrictions de caractère général en établissant de nouvelles obligations de ne pas faire qui ne sont pas prévues par ces dernières. De même, ils peuvent être une option aux restrictions imposées de caractère spécial en établissant certaines obligations de faire, comme par exemple celle de gérer le terrain d'une façon déterminée. Mais en aucun cas une politique publique de protection de l'environnement ne doit dépendre exclusivement de l'utilisation de ce type d'instruments, et une telle politique se doit donc de combiner des techniques de droit imposé et des techniques de droit négocié.

Bibliographie

OUVRAGES

- Atmella, A., *Manual de Instrumentos Jurídicos Privados para la Protección de los Recursos Naturales*, Fundación Neotrópica, San José, 1995.
- Binning, C. et Young, M., *Motivating People: Using Management Agreements to Conserve Remnant Vegetation*, National Research and Development Program on Rehabilitation, Management and Conservation of Remnant Vegetation, 1997, 79 p.
- Castelli, L., *Conservación de la Naturaleza en Tierras de Propiedad Privada*, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, 2001, 108 p.
- Chacón Marín, C. M. et Castro Córdoba, R. (éditeurs), *Conservación de tierras privadas en América Central. Utilizando herramientas legales voluntarias*, Iniciativa Centroamericana de Conservación Privada-CEDARENA, San José, 1998, 144 p.
- Codeff, *Las Áreas Silvestres Protegidas Privadas en Chile. Una herramienta para la conservación*, Santiago, 1999, 102 p.
- Crideau, *La protection conventionnelle des espaces naturels. Etude de droit comparé de l'environnement (sous la direction scientifique de Catherine Giraudel)*, PULIM, Limoges, 559 p.
- Chapus, R., *Droit administratif général*, Tome II, 15e éd., Montchrestien, Paris, 2001, 797 p.
- Dada, J. J., *Servidumbres Ecológicas e Incentivos para la conservación de cuencas hidrográficas. La experiencia en el Lago de Yohoa, Honduras*, année non-indiquée, 35 p.
- De Klemm, C. et Shine, C., *Biological Diversity Conservation and the Law*, IUCN, Gland (Switzerland) and Cambridge (U.K.), 1993, xix + 292 p.
- De Klemm, C., *Wild Plant Conservation and the Law*, IUCN-The World Conservation Union, Norwich, 1990, 215 p.
- Gutiérrez Lacayo, M., Bacmaister, A., Ortiz Martínez de Kores, G., *et al.*, *Herramientas Legales para la Conservación de Tierras Privadas y Sociales en México*, PRONATURA, A.C., México, D.F., 2002, 152 p.
- Kamstra, J., *Protected Areas: Towards a Participatory Approach*, Netherlands Committee for IUCN, Novib, 1994, 53 p.
- Mack, S.A., *Las servidumbres ecológicas en América Central*, CEDARENA et COMBOS, année non-indiquée, 30 p.
- Marghescu, T., *Nature conservation in private forests of selected CEE countries: Opportunities and constraints*, IUCN European Regional Office, Tilburg (The Netherlands), 2000, 33 p.
- Prieur, M., *Droit de l'environnement*, 4e éd., Dalloz, 2001, 944 p.
- Stoneham, G., Crowe, M., Platt, S., *et al.*, *Mechanisms for Biodiversity Conservation on Private Lands*, Department of Natural Resources and Environment (Victoria), 2000, 53 p.

Struillou, J.-F., *Protection de la propriété privée immobilière et prérogatives de puissance publique*, L'Harmattan, Paris, 1996, 523 p.

Swift, B., Sanjines, V., Theulen, V., *et. al.*, *Promoting Private Land Conservation in Latin America: Models for Success*, Environmental Law Institute, Washington, 2003.

ARTICLES ET MANUELS

Abraham, R., "De nouvelles limites au principe de non-indemnisation des servitudes d'urbanisme: conclusions sur CE 3 juillet 1998, M. Bitouzet", *Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme*, N° 5/1998, pp. 363-372.

Amilien, C., Mack, S., Chacón, C. M., Castro, R. et Meza, A., "La conservation conventionnelle des ressources naturelles en Amérique Centrale", *Revue juridique de l'environnement*, Vol. 1, 1999, pp. 23-44.

Bartel, R. L., "Compliance and complicity: an assessment of the success of land clearance legislation in New South Wales", *Environmental and Planning Law Journal*, Vol. 20, N° 2, avril 2003, pp. 116-141.

Biglione, F., "Les restrictions à l'exercice du droit de propriété, composante consacrée de la notion de privation de propriété aux Etats-Unis, en Italie et dans la Convention européenne des droits de l'homme", *Droit et Ville*, Toulouse, IEJUC, N° 46/1998, pp. 85-165.

Bowles, I. A., Clark, D., Downes, D. et Guerin-McManus, M., "Encouraging Private Sector Support for Biodiversity Conservation", *CI Policy Papers*, Vol. 1, Conservation International, 1996, 22 p.

Collart-Dutilleul, F., "Les contrats territoriaux d'exploitation", *Revue de Droit rural*, N° 274, juin-juillet 1999, pp. 344-349.

Constantin, F. et Lambert, M.-L., "Parcs et réserves: Parcs nationaux", *Juris-Classeur Environnement*, Fasc 535, 1993, 23 p.

Cox, K. W., "Stewardship: Landowners as Partners in Conservation", *Expanding Partnerships in Conservation*, Island Press, Washington DC, 1995, pp. 243-251.

David, C.-H., "Allemagne: L'indemnisation des servitudes d'urbanisme", *Droit et ville*, N° 48, 1999, pp. 17-37.

De Klemm, C., "L'analyse comparative de l'efficacité des législations de protection de la flore sauvage en Europe", *Sauvegarde de la nature*, N° 88, Conseil de l'Europe, 1997, 92 p.

De Klemm, C. et Shine, C., "Mesures juridiques pour la conservation des espaces naturels", *Sauvegarde de la nature*, N° 82, Conseil de l'Europe, 1996, 143 p.

Di Leva, C. E., "The Conservation of Nature and Natural Resources through legal and Market-Based Instruments", *Review of European Community & International Environmental Law (RECIEL)*, Vol. 11, N° 1, Blackwell, 2002, pp. 84-95.

Dolzer, R., "Property and Environment: The Social Obligation Inherent in Ownership. A Study of the German Constitutional Setting", *IUCN Environmental Policy and Law Paper*, N° 12, 1976, 71 p.

Farrier, D., "Conserving Biodiversity on Private Land: Incentives for Management or Compensation for Lost Expectations?", *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 19, N° 2, 1995, pp. 303-408.

- Gregory, D. D., "The Easement as a Conservation Technique", *IUCN Environmental Law Paper*, N° 1, 1972, 47 p.
- Hollingshead, J. L., "Conservation Easements: A Flexible Tool for Land Preservation", *The Environmental Lawyer*, Vol. 3, N° 2, février 1997, pp. 319-361.
- Hostiou, R., "La propriété privée face au droit de l'environnement", *Etudes foncières*, N° 65, décembre 1994, pp. 29-35.
- Jeffery, M. I., "National Parks and Protected Areas: Approaching the Next Millenium", *Conference Proceedings. Environmental Justice and the Legal Process*, University of Cape Town, South Africa, et Macquire University, Sydney, Australia, avril 1998, pp. 58-82.
- Morrisette, P. M., "Conservation Easements and the Public Good: Preserving the Environment on Private Lands", *Natural Ressources Journal*, Vol. 41, N° 2, 2001, pp. 373-426.
- Perinet-Marquet, H., "Le droit de préemption dans les espaces naturels sensibles", *Revue juridique de l'environnement*, N° 2, 1997, pp. 173-182.
- Pfefferle, L., "A New Green Government Weapon: Shooting Down Regulatory Takings with Estoppel", *Tulane Environmental Law Journal*, Vol. 13, 2000, pp. 471-505.
- Piskulich, Z., "El manejo y conservación de tierras privadas: Una guía para las organizaciones", *Manual de Capacitación N° 4*, The Nature Conservancy, 2001, 37 p.
- Prokofieva, I. et Palahí, M., "Incentives to Sustainable Forest Management – a Key issue in Russian Forestry", *EFI News*, Vol. 10, N° 2, février 2003, pp. 3-7.
- Renard, V., "L'indemnisation des servitudes: L'approche économique du problème", *Droit et ville*, N° 49, 2000, pp. 7-46.
- Richardson, B. J., "Incentives for Sustainable Use of Wetlands in Australia: Regulatory & Economic Mechanisms", *Conference Proceedings. Environmental Justice and the Legal Process*, University of Cape Town, South Africa, et Macquire University, Sydney, Australia, avril 1998, pp. 365-391.
- Shine, C., "Private or voluntary systems of natural habitats' protection and management", *Nature and environment*, N° 85, Conseil de l'Europe, 1996, 59 p.
- Struillou, J.-F., "La prépondérance de la dimension environnementale dans les contrats territoriaux d'exploitation", *Economie rurale*, N° 273-274, janvier-avril 2003, pp. 212-226.
- Young, M. D. et Gunningham, N., "Mixing Instruments and Institutional Arrangements for Optimal Biodiversity Conservation", in OECD, *Investing in Biological Diversity: The Cairns Conference*, OECD, Paris, 1997, pp. 141-165.

DOCUMENTS NON-PUBLIES

- Stinson, J. et Wilson, L., *Preserving Open Space with Land Trusts and Conservation Easements*, août 1996, 37 p.

TEXTES NON-JURIDIQUES

Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC), *Tenencia de la Tierra en las Áreas Silvestres Protegidas de Costa Rica*, San José, octobre 1999, 44 p.

UICN, *Liste des Nations Unies des Aires protégées 1997*, préparée par le WCMC et la CMAP, UICN, Gland (Suisse) et Cambridge (Royaume-Uni), 1998, xii + 412 p.

SITES INTERNET

Christ Church City Council, *Conservation Covenants (Reserves Act 1997)*, in <http://www.ccc.govt.nz/Publications/ConservationCovenants/introduction.asp>.

Environment Australia, *Covenants for Conservation brochure*, 2003, in <http://www.ea.gov.au/nrm.covenant>.

Land Trust Alliance, *There is a powerful new tool – the “conservation covenant” that helps conserve natural and cultural features on lands*, in <http://www.landtrustalliance.bc.ca/public/covenant%20broc.pdf>.

Minister for the Environment and Heritage, *Media release: “1\$ for Private Land Conservation in New South Wales”*, 10 avril 2003, in <http://www.ea.gov.au/minister/env/2003/mr10apr303.html>.

Rolfe, C., *Le Protocole de Kyoto de la Convention-cadre des Nations Unies sur le changement climatique: Guide du Protocole et analyse de son efficacité*, West Coast Environmental Law Association, 22 janvier 1998, in <http://www.wcel.org/wcelpub/1998/12152f.html>.

UNEP, WCMC, IUCN, WCPA, *Lignes directrices pour les catégories de gestion des aires protégées*, in http://www.unep-wcmc.org/protected_areas/categories/fra.

U.S. Department of Agriculture, *Appendix to form CRP-1, Conservation Reserve Program Contract*, in http://www.sc.egov.usda.gov/eforms/Forms/CRP0001APPENDIX_030501V01.pdf.

Using Conservation Covenants to Preserve Private Land in B.C., in http://www.wcel.org/wcelpub/2986_4.html.

Le Mécanisme pour un développement propre

Sondes Jemaiel

Septembre 2003

I. Introduction

Le soleil atteint la surface de la terre sous forme de rayonnements. Une partie de ces rayonnements est renvoyée vers l'atmosphère en rayons infrarouges. Ceux-ci sont absorbés par des gaz, présents dans l'atmosphère, dits gaz à effet de serre (GES) (Dioxyde de carbone: CO₂, Méthane: CH₄, Oxyde nitreux: N₂O, Hydrofluorocarbones: HFC, Hydrocarbures perfluorés: PFC, Hexafluorures de soufre: SF₆ ...),¹ puis renvoyés vers l'atmosphère sous forme de chaleur.

Durant les dernières décennies, le développement de l'activité humaine a amplifié, par la production excessive de ces gaz, l'effet de serre, engendrant ainsi des risques de réchauffement global de la planète. Les dernières projections prévoient une augmentation moyenne des températures de 1,4 à 5,8° à l'échéance 2100.²

Le réchauffement global serait accompagné d'autres dommages à l'environnement: une élévation du niveau de la mer,³ ce qui causerait des dommages aux zones côtières et aux petites îles, des dommages à la santé humaine et aux ressources en eau, des dommages à la biodiversité et aux écosystèmes, et aurait des implications pour l'agriculture et pour la sécurité alimentaire ainsi qu'une influence sur les établissements humains, l'énergie et l'industrie.

Ce phénomène, après avoir été reconnu par les scientifiques a nécessité une réponse juridique et politique. Cette réponse ne pouvait être élaborée, du fait de la globalité du phénomène, que sur une échelle mondiale. Elle s'est manifestée dans un premier temps par l'adoption d'une convention internationale: la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC),⁴ et dans un deuxième temps par l'adoption d'un protocole à cette convention: le Protocole de Kyoto.⁵ Ces deux instruments tentent d'impliquer l'ensemble de la communauté internationale dans la lutte contre les changements climatiques.

Le mécanisme pour un développement propre qui est un mécanisme de coopération prévu par le protocole de Kyoto, opère dans ce sens. Il permet de faire participer les pays en développement dans la lutte contre les changements climatiques. Il permet en effet que des pays industrialisés investissent dans les pays en développement, à travers des projets qui réalisent une atténuation des GES. Il réalise de ce fait un double objectif: permettre une réduction des émissions de gaz à effet de serre et assister les pays en développement sur la voie d'un développement durable.

Ce document tente de présenter ce mécanisme et d'étudier dans quelle mesure il est capable de réaliser l'objectif du développement durable pour les pays en développement. Il présente également les conditions que doivent remplir les pays en développement pour bénéficier d'investissements au titre du MDP.

II. Remarques préliminaires

Le changement climatique a suscité une réponse de la communauté internationale qui ne cesse d'évoluer. Cette réponse a connu deux étapes majeures: l'adoption de la convention-cadre des

¹ Ces 6 gaz constituent les principaux gaz à effet de serre. Ils ont été énumérés par le Protocole de Kyoto, Annexe A, disponible à <http://unfccc.int/ressource/convkp.html#kp>.

² IPCC, Summary for policymakers, Climate Change 2001, Impacts, Adaptation and Vulnerability (2001) (<http://www.ipcc.ch/pub/wg2SPMfinal.pdf>).

³ Estimée de 9 à 88 cm à l'échéance 2100; *ibid.*

⁴ Le texte de la convention est disponible à <http://unfccc.int/ressource/conv/html>.

⁵ Le texte du protocole est disponible à <http://unfccc.int/ressource/convkp.html#kp>.

Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) (Section 1) et l'adoption du Protocole de Kyoto (Section 2).

1. Du GIEC à la CCNUCC

En 1988, le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) et l'Organisation Mondiale de Météorologie (OMM) ont établi le Groupe Intergouvernemental d'Évaluation du Climat (GIEC). Le GIEC, qui réunissait des scientifiques et des experts sur les changements climatiques du monde entier, avait pour mission d'évaluer l'état des connaissances scientifiques sur les changements climatiques ainsi que les éventuels impacts de ces derniers, tant sur le plan environnemental que sur le plan socio-économique.

Deux années plus tard, en 1990, le GIEC a publié son premier rapport d'évaluation.⁶ Il concluait dans ce rapport que l'augmentation des émissions des GES d'origine anthropique dans l'atmosphère conduirait, si les mesures nécessaires pour limiter les émissions n'étaient pas prises, à un renforcement de l'effet des GES. L'augmentation de la concentration des GES dans l'air entraînerait en effet un réchauffement additionnel à la surface de la terre. Le même rapport a été présenté durant la même année à la Conférence Mondiale sur le Climat et a constitué, dès lors, la base des négociations de la CCNUCC.

Pour répondre à l'appel lancé par la Conférence Mondiale sur le Climat, l'Assemblée Générale des Nations Unies a engagé officiellement les négociations de la CCNUCC et a établi un Comité Intergouvernemental de Négociation qui s'est basé sur le rapport du GIEC, en adoptant la résolution 45/212 du 22 décembre 1990. 150 pays ont participé à ces négociations qui se sont déroulées en cinq sessions sur une période de 15 mois. La Convention a été adoptée à New York le 9 mai 1992, ouverte à la signature durant le Sommet de la terre à Rio de Janeiro le 5 juin 1992, elle est entrée en vigueur le 21 mars 1994. Elle a été ratifiée par 165 Etats. Elle est constituée d'un préambule de 23 points, d'un dispositif de 26 articles et de deux annexes.

La convention fixe dans son article 2 un objectif ultime de stabilisation des concentrations des GES dans l'atmosphère "à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique". Bien que ce niveau n'ait pas été quantifié par la convention, étant donné qu'elle est une convention-cadre qui s'est contentée de tracer les orientations générales,⁷ celle-ci prévoit qu'il devrait être atteint "dans un délai suffisant pour que les écosystèmes puissent s'adapter naturellement aux changements climatiques, que la production alimentaire ne soit pas menacée et que le développement économique puisse se poursuivre d'une manière durable".

Pour atteindre cet objectif, tous les Etats Parties à la convention ont un engagement général de mettre en œuvre la convention. Ils doivent à cet effet établir et présenter des communications nationales contenant un inventaire de leurs émissions de GES et qui indiquent toutes les sources émettrices et les puits⁸ d'absorption, adopter des programmes nationaux ou régionaux pour atténuer les GES. Ils sont également appelés à élaborer des stratégies nationales pour s'adapter à leurs effets.⁹

⁶ Le GIEC a publié un second rapport d'évaluation en 1995 et un troisième en 2001.

⁷ A propos des conventions cadres voir Kiss, A., "Les traités cadres: une technique juridique caractéristique du droit international de l'environnement", *Annuaire français de droit international* XXXIX-1993.

⁸ Convention-cadre sur les Changements Climatiques, Art. 4. 1. a).

⁹ *Ibid*, Art. 4. 1. b).

La convention énonce un certain nombre de principes, dont le principe de précaution, en vertu duquel l'absence de certitudes scientifiques ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de mesures quand il y a risque de perturbations graves ou irréversibles quant au principe des responsabilités communes mais différenciées. Elle impose la majeure partie de la lutte contre les changements climatiques aux pays développés.

En vertu du principe des responsabilités communes mais différenciées,¹⁰ la convention distingue deux groupes de pays. Les pays qui ont le plus contribué historiquement au changement climatique, à savoir les pays industrialisés ainsi que les pays à économie en transition d'un côté, et les pays qui ne contribuent que faiblement aux émissions des GES d'un autre côté. Les premiers font l'objet d'une annexe I et sont connus sous le nom de pays de l'annexe I. Ils sont tenus d'adopter les politiques et mesures qui leur permettraient de ramener leurs émissions en GES aux niveaux de 1990. Ils sont également appelés à fournir des ressources financières nouvelles et additionnelles et à faciliter le transfert des technologies pour les pays en développement.¹¹ Les autres pays, qui sont les pays en développement, forment la catégorie des pays non annexe I, mais ne sont pas cités. Ces pays ne sont tenus que des obligations générales sus mentionnées.

L'organe suprême de la convention est la Conférence des Parties (COP) qui comprend tous les Etats ayant ratifié la convention. La COP "fait régulièrement le point de l'application de la convention".¹² Elle se réunit au moins une fois par an dans une session ordinaire. Elle s'est réunie jusqu'ici huit fois.¹³ A sa troisième session tenue à Kyoto en 1997, elle a adopté un protocole: le protocole de Kyoto.

2. Le protocole de Kyoto

Le protocole de Kyoto a été adopté lors de la troisième Conférence des parties de la CCNUCC tenue à Marrakech en 1997.

Le protocole a repris la même classification des pays adoptée par la convention. Les pays qui figurent à l'annexe I de la convention constituent l'annexe B du protocole, les pays non annexe I de la convention ne sont pas cités.

Le protocole constitue une avancée considérable dans le domaine de la lutte contre les changements climatiques, dans la mesure où il impose des engagements chiffrés et juridiquement contraignants de limitations ou de réductions de GES. Il impose aux pays de l'annexe I qui ont ratifié le protocole, de réduire le total de leurs émissions des six principaux gaz à effet de serre de 5% par rapport au niveau de 1990.

Ces réductions doivent être atteintes durant la première période d'engagement (entre 2008 et 2012). Elles seront calculées en effectuant une moyenne sur les 5 ans.

Pour qu'il entre en vigueur, le protocole doit être signé et ratifié par au moins 55 pays dont les émissions totales représentent 55% des émissions totales des pays de l'annexe I en 1990.¹⁴ En ce

¹⁰ Prévu par la déclaration de Rio dans son Art. 7 qui affirme que "étant donné la diversité des rôles joués dans la dégradation de l'environnement mondial, les Etats ont des responsabilités communes mais différenciées".

¹¹ Convention-cadre sur les Changements Climatiques, Art. 4. 3.

¹² *Ibid*, Art. 7. 2.

¹³ Depuis que celle étude a été écrite, la COP 9 s'est réunie à Milan en Italie en novembre 2004.

¹⁴ Protocole de Kyoto, Art. 25.

moment, il a déjà été ratifié par 113 pays dont les émissions ne représentent cependant que 44,2%.¹⁵ L'entrée en vigueur du protocole pose donc des problèmes, d'autant que les USA, qui sont responsables de 22% du total des émissions, refusent de le ratifier.¹⁶

Du fait que la réduction des GES engage des coûts élevés, le protocole a introduit une certaine souplesse pour aider les pays annexe I à atteindre leurs objectifs quantifiés de réduction en prévoyant des mécanismes de flexibilité.

Les mécanismes de flexibilité sont au nombre de trois:

- *Echange de droits d'émission:*¹⁷ c'est un mécanisme qui permet un échange de droits d'émissions entre pays annexe I afin qu'ils remplissent leurs engagements de réduction. Cet échange doit néanmoins venir en complément des réductions réalisées sur le plan national.
- *La mise en oeuvre conjointe:*¹⁸ c'est un mécanisme qui permet un échange entre pays annexe I d'unités de réduction d'émissions (URE) qui résultent de projets de réduction des émissions ou de séquestration des GES.
- *Le mécanisme pour un développement propre:*¹⁹ c'est le seul mécanisme qui implique les pays en développement. C'est un mécanisme qui permet aux pays industrialisés de financer des projets aboutissant à une réelle réduction des émissions dans des pays en développement et d'obtenir, en conséquence, un crédit d'unités de réductions certifié appelé certificats de réduction d'émission (CRE).
Il réaliserait alors un double objectif: celui d'aider les pays non annexe I à parvenir à un développement durable ainsi que celui d'aider les parties annexe I à remplir leurs engagements chiffrés de limitation ou de réduction de leurs émissions prévus à l'article 3.

C'est ce dernier mécanisme qui va faire l'objet de l'analyse qui va suivre.

III. Présentation du MDP

1. Historique

En 1991, la Norvège a introduit le concept de mise en œuvre conjointe au comité intergouvernemental de négociation. Bien qu'il porte la même appellation, ce concept est différent du mécanisme de la mise en œuvre conjointe prévu par le protocole de Kyoto qui est un mécanisme de coopération entre pays annexe I. L'idée était qu'un pays annexe I pouvait coopérer avec un pays non annexe

¹⁵ Au moment où cette étude va être imprimée, le nombre de pays qui ont ratifié le Protocole a atteint 126 pays. *Kyoto Protocol status of ratification* (<http://www.unfccc.int>). Le gouvernement russe a en outre approuvé la ratification du protocole le 30 septembre 2004, ouvrant la voie à un vote au Parlement.

¹⁶ Le président Bush a justifié la position des Etats Unis vis à vis du protocole par le fait que des pays en développement comme l'Inde ou la Chine n'ont pas d'obligation de réduction de leurs émissions.

¹⁷ Protocole de Kyoto, Art. 17.

¹⁸ *Ibid*, Art. 6.

¹⁹ *Ibid*, Art. 12.

I dans l'effort de réduire les émissions des GES. Ils pourraient alors partager les bénéfices qui résulteraient du fait que le projet a été mis en oeuvre dans le pays où le coût était le plus bas.

Le concept a été retenu. L'article 4.2 (a) de la CCNUCC a donc prévu que les Parties annexe I "... peuvent appliquer de telles politiques et mesures en association avec d'autres parties et aider d'autres Parties à contribuer à l'objectif de la convention ..."

Pendant les négociations qui ont eu lieu à la COP 1, les pays en développement ont soulevé des questions à propos de la mise en oeuvre conjointe. La plupart d'entre eux ont vu dans ce mécanisme un moyen pour les pays développés d'échapper à leurs engagements de réductions nationaux. Le Costa Rica était le seul pays en développement à se proposer pour participer à ces projets.

Durant la COP 1 le Costa Rica a réussi à établir un consensus au sein du G77/Chine.²⁰ Le concept de mise en oeuvre conjointe a été restructuré pour donner lieu aux activités mises en oeuvre conjointement. Une phase pilote des activités mises en oeuvre conjointement a été lancée.

A la COP 3 (Kyoto 1997), on a procédé à l'évaluation de la phase pilote. La majorité des pays qui y ont participé se déclarèrent insatisfaits des résultats. En effet, peu de projets avaient été mis en oeuvre à cause de l'absence des crédits de réduction d'émission. De plus, les Parties n'étaient pas arrivées à un consensus en ce qui concerne les questions techniques comme le niveau de référence, l'évaluation des projets, et la vérification. La phase pilote des activités mises en oeuvre conjointement a été en outre critiquée pour n'avoir pas pris en compte l'équité entre pays en développement. Selon les rapports de synthèse annuels des activités mises en oeuvre conjointement, la totalité du continent africain a été exclue de la phase pilote.

Malgré cette évaluation négative des résultats de la phase pilote, le concept n'a pas été complètement abandonné mais s'est transformé suite à une proposition du Brésil. Selon celle-ci, les Parties annexe I qui n'ont pas rempli leurs engagements de réduction des GES devraient verser une contribution financière à un "fonds pour un développement propre",²¹ qui financerait des projets d'adaptation dans les pays en développement. Cette proposition a été par la suite reprise puis transformée par le G77/Chine²² pour aboutir à l'idée d'un mécanisme qui serait en même temps un mécanisme de flexibilité et un mécanisme de coopération Nord/Sud: c'est le mécanisme pour un développement propre.

Ainsi le MDP a été inclus dans le protocole de Kyoto. Il a fait l'objet de son article 12, qui a défini le mécanisme et a posé ses règles de base. Les précisions relatives aux modalités et procédures de son application ont été prévues plus tard par les Accords de Marrakech adoptés lors de la COP 7 tenue à Marrakech en 2001.

2. Institutions

Le MDP est placé sous l'autorité de plusieurs organes: la COP/MOP, le conseil exécutif et les entités opérationnelles.

²⁰ Rappelons que le G77/Chine est le principal groupe de négociation qui représente les pays en développement.

²¹ Proposed elements of a Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, presented in Brazil in response to the Berlin Mandate, 28 May 1997.

²² Rappelons que le G 77 /Chine a été jusque là hostile à l'idée de la mise en oeuvre conjointe.

- la COP/MOP

L’art 12 du protocole stipule: “Le MDP est placé sous l’autorité de la Conférence des Parties agissant comme Réunion des Parties au présent protocole et suit ses directives”. Celle-ci est constituée par les pays qui ont ratifié le protocole. Elle donne des orientations au conseil exécutif et élabore les modalités et procédures pour assurer la transparence et l’efficacité. Elle examine en outre la répartition régionale et sous-régionale des entités opérationnelles désignées en vue de réaliser une répartition équitable.²³

- Le conseil exécutif

Le conseil exécutif supervise le MDP et il est pleinement responsable devant la COP/MOP. Il a pour fonction d’accréditer les entités opérationnelles,²⁴ de définir les modalités et procédures pour le MDP, d’approuver les nouvelles méthodes en ce qui concerne, entre autres, la définition des niveaux de référence, les plans de surveillance, la délimitation du périmètre du projet et de maintenir le registre et la base de données du MDP.²⁵

Il est composé de 10 membres: un représentant de chacune des cinq régions reconnues par l’ONU (Afrique, Asie, Amérique latine, Europe de l’Est et Europe Centrale et les pays de l’OCDE), un représentant sur les petits pays insulaires, deux représentants sur l’annexe I et deux représentants sur les pays non annexe I.

- Les entités opérationnelles

Elles ont la tâche de valider les activités de projet relevant du MDP qui sont proposées ainsi que de vérifier et de certifier les réductions des émissions.²⁶

3. Les critères de participation

Pour participer au MDP, les pays doivent remplir trois critères d’éligibilité: être Parties au protocole, participer volontairement au projet et désigner une autorité nationale.

Les Parties annexe I doivent remplir d’autres conditions supplémentaires, comme la mise en place d’un système national d’estimation des émissions anthropiques par les sources et des absorptions anthropiques par puits des GES ainsi que la tenue d’un registre national et d’un inventaire annuel.

4. Critères d’éligibilité des projets MDP

L’article 12 du protocole de Kyoto a prévu trois critères d’éligibilité des projets, qui sont les suivants:

- Aider les pays non annexe I à parvenir à un développement durable et à contribuer à la réalisation de l’objectif ultime de la convention.

²³ Décision 17/CP.7, Modalités et procédures d’un mécanisme pour un développement propre tel que défini par l’article 12, Annexe, B (FCCC/CP/2001/13/Add.2).

²⁴ Jusqu’à présent le conseil n’a accrédité aucune entité opérationnelle (<http://cdm.unfccc.int/DOE/CallForInputs>).

²⁵ Décision 17/CP.7, Modalités et procédures d’un mécanisme pour un développement propre tel que défini par l’article 12, Annexe, D.

²⁶ *Ibid*, Annexe, E.

- Atténuer les émissions de façon mesurable et vérifiable à long terme. Cette atténuation peut être réalisée d'une part grâce à la réduction des émissions de carbone, comme c'est le cas pour les projets visant l'efficacité énergétique et l'utilisation des énergies renouvelables, et d'autre part à travers la séquestration de carbone par les puits.
- Réaliser des réductions additionnelles à celles qui auraient eu lieu en l'absence de cette activité. L'additionnalité est calculée par rapport à un niveau de référence.

5. Les secteurs dans lesquels des projets MDP peuvent être mis en oeuvre

Il s'agit des secteurs qui influent sur les émissions des GES.

- L'énergie: Le secteur de l'énergie est le secteur le plus émetteur de GES. La mise en œuvre de projets qui remplaceraient le recours à la combustion des combustibles fossiles par l'utilisation des énergies renouvelables telles que l'implantation de centrales éoliennes permettrait une grande réduction des émissions de GES.
- L'industrie: Certaines industries, comme la fabrication du ciment, sont responsables d'émissions de GES.
- L'agriculture: les processus digestifs chez les ruminants et les paddys de riz sont responsables d'émissions de méthane dans l'atmosphère.
- Les déchets: l'incinération des déchets provoque des émissions de méthane.
- Le boisement et reboisement: Le boisement et le reboisement sont définis par la CCNUCC comme la conversion anthropique directe des terres non forestières en terres forestières par plantation, ensemencement et/ou promotion par l'homme d'un ensemencement naturel. Contrairement aux projets mis en œuvre dans les autres secteurs, les activités de boisement et de reboisement ne permettent pas une réduction de GES à la source, mais servent à atténuer les concentrations des GES par l'absorption des GES dans l'atmosphère.

6. Le cycle du projet MDP

6.1 Formulation du projet

C'est la première étape dans un projet. Elle doit suivre les indications données par le document de formulation des projets élaboré par la COP 7. Ce document prévoit une description du projet, une présentation du calcul de la ligne de base, une explication de la façon dont le projet atteint l'objectif d'additionnalité, et une étude d'impact sur l'environnement. La participation du public ainsi qu'un plan de surveillance sont également exigés par ce document.²⁷

6.2 Approbation nationale

Tout Etat qui désire participer au MDP doit créer une autorité nationale pour évaluer et approuver les projets. Bien que des orientations générales en ce qui concerne les références de base et l'additionnalité aient été données par la COP 7, il incombe au pays en développement de déterminer les critères nationaux de l'approbation.

²⁷ Décision 17/CP.7, Modalités et procédures d'application d'un mécanisme pour un développement propre, Appendice B: Descriptif de projet.

6.3 Validation et enregistrement

La validation est le processus d'évaluation indépendant d'une activité de projet effectué par une entité opérationnelle désignée. La validation se fait par une entité opérationnelle accréditée par le conseil exécutif et désignée par la COP/MOP. L'enregistrement est l'acceptation officielle par le conseil exécutif d'un projet validé en tant qu'activité de projet relevant du MDP.²⁸

6.4 Surveillance

C'est la surveillance systématique de la réalisation du projet. Un plan de surveillance doit évaluer les résultats du projet eu égard en particulier à la réalisation des objectifs de réduction et d'autres objectifs prévus, notamment l'objectif de développement durable pour le pays hôte. Il doit également suivre une méthode de surveillance (monitoring methodology) reconnue.

6.5 Vérification et certification

La vérification est l'examen périodique indépendant et la détermination a posteriori par l'entité opérationnelle désignée des réductions des émissions anthropiques par les sources de GES.²⁹

La certification, document donné par écrit par l'entité opérationnelle désignée, représente l'assurance que pendant un laps de temps donné, le projet a permis d'obtenir les réductions des émissions des GES escomptées.³⁰

IV. Le MDP, moyen de réalisation du développement durable dans les pays en développement?

Le MDP a pour finalité le développement durable (section 1). Pour atteindre cette finalité, le pays hôte doit remplir certaines conditions (section 2).

1. Le développement durable en tant que finalité

Le MDP représente pour les pays non annexe I une source de grands espoirs. Mis en oeuvre, il serait en mesure de donner de grands avantages aux pays hôtes: Il faciliterait le transfert de technologies et de ressources financières, promouvrait une production énergétique viable ainsi qu'une plus grande efficacité énergétique. Il serait également capable de réaliser des avantages sociaux (comme par exemple la création d'emplois ...). Les projets MDP sont également supposés réaliser une amélioration de l'environnement local. En effet, l'utilisation de l'énergie nucléaire est exclue du cadre du MDP, bien qu'elle puisse être un moyen de réduction des GES, et ce à cause des atteintes qu'elle peut porter à l'environnement. Le MDP se base sur une conception intégrée de protection de l'environnement.

Cependant, le mécanisme constitue aussi une source de craintes. Ce qui suit tente d'exposer ces craintes ainsi que de voir si des solutions ont été prévues pour les atténuer. Les craintes concernent le mécanisme lui-même ou la répartition des projets MDP entre pays hôtes.

²⁸ *Ibid*, Art. 35-36.

²⁹ *Ibid*, Annexe, I.

³⁰ *Ibid*.

1.1 Craintes relatives au mécanisme lui-même

1.1.1 Les projets de boisement et de reboisement

La contribution du MDP à la réalisation du développement durable peut être mise en doute dans le domaine du boisement et du reboisement en raison des incertitudes qui existent encore à propos des effets de ces projets sur les écosystèmes, la biodiversité, et les sols.

La prise en compte de la protection de la diversité biologique dans le cadre des activités de projet MDP dans le domaine du boisement et du reboisement s'avère de la plus grande nécessité. La question n'a cessé d'être soulevée.

La cinquième Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique a mis l'accent sur cette question en insistant sur le fait que les mesures incitatives prises dans le cadre de la mise en œuvre du protocole de Kyoto doivent être compatibles avec les objectifs de la Convention sur la diversité biologique.³¹

L'organe subsidiaire de conseil scientifique et technique de la convention climat (OSCST)³² a recommandé, pour sa part, que les dispositions des conventions sur la biodiversité et la désertification ainsi que des principes relatifs à la gestion, à la conservation et à l'exploitation écologiquement viable soient pris en compte dans la prise des décisions relatives aux puits de carbone dans le cadre du protocole de Kyoto.³³

Le rapport spécial du GIEC sur l'utilisation des terres, le changement des sols et la foresterie a souligné qu'il conviendrait d'examiner les possibilités de créer des synergies: les activités et les projets à mettre en œuvre dans ce cadre devront tenir compte des buts et objectifs des conventions sur la biodiversité, la désertification et la protection des zones humides d'importance internationale.

L'UICN a adopté une recommandation par laquelle elle proposait à la Conférence des Parties de la Convention Climat de garantir que les activités liées au changement d'affectation du sol et à la foresterie sont écologiquement saines et compatibles avec les objectifs des conventions sur la biodiversité, sur les zones humides d'importance internationale et sur la désertification.³⁴

Face à tous ces appels, la Conférence des Parties a considéré le sujet lors de sa septième session. Les Accords de Marrakech ont chargé le OSCST d'élaborer "des définitions et des

³¹ Décision V/15. § 6, rapport de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique sur les travaux de la cinquième réunion, Nairobi, 15, 26 mai 2000 (<http://www.biodiv.org/cop5/pdf/french/cop-5-23-f.pdf>).

³² Prévu par l'article 9 de la Convention-cadre sur les changements climatiques, il agit sous l'autorité de la Conférence des Parties et a pour fonction de faire le point des connaissances scientifiques sur les changements climatiques et leurs effets, ainsi que des effets des mesures prises en application de la Convention. Il fournit par ailleurs des avis sur les programmes scientifiques, et sur la coopération internationale. Il a été désigné par le Protocole de Kyoto dans son article 15 comme organe subsidiaire de conseil scientifique et technologique du Protocole.

³³ Report on the second SBSTA workshop on land-use change and forestry. Note by the Secretariat, § 14 b) Subsidiary Body for Scientific and Technical Advice, 10th session, Bonn, 31 May – 11 June 1999 (FCCC/SBSTA/1999/INF.5, 26 May 1999).

³⁴ Deuxième Congrès mondial sur la conservation, Amman, Jordanie, 4-10 octobre 2000.

modalités pour pouvoir prendre en considération les activités de boisement et de reboisement au cours de la première période d'engagement, en tenant compte de questions liées au caractère non permanent des absorptions, à l'additionnalité, aux fuites, aux incertitudes et aux incidences socio-économiques et environnementales, notamment sur la diversité biologique et les écosystèmes naturels".³⁵

Les Accords de Marrakech ont en outre limité l'ampleur que peuvent prendre les projets de boisement et de reboisement. Ils ont prévu que pour la première période, le total des ajouts par rapport à la quantité attribuée à une Partie résultant d'activités de boisement et de reboisement, ne devra pas dépasser un pour cent des émissions de l'année de référence de cette partie multiplié par cinq.³⁶

1.1.2 La capacité du mécanisme de concurrencer les autres mécanismes de Kyoto

N'étant qu'un des trois mécanismes qui sont en mesure d'aider les pays annexe I à s'acquitter de leurs obligations de réductions, le MDP est en concurrence avec les deux autres mécanismes prévus par le protocole de Kyoto, à savoir l'application conjointe et l'échange des émissions. C'est le jeu du marché qui va donc déterminer quelle part de marché ira à chacun des mécanismes de flexibilité.

Bien que le MDP bénéficie d'un avantage compétitif par rapport aux autres mécanismes de Kyoto, étant donné que les projets mis en œuvre dans le cadre du MDP seront comptabilisés dès l'année 2000, une comparaison des trois mécanismes indique que le MDP donne lieu à des coûts de transaction qui ne sont pas engendrés par les deux autres mécanismes, coûts qui le défavorisent sur le marché de carbone. Ces coûts de transaction sont dus aux raisons suivantes:

- La mise en œuvre du MDP peut s'avérer complexe et engager des coûts de transaction élevés. A titre d'exemple, la détermination de l'additionnalité, condition d'éligibilité des projets MDP, constitue un coût de transaction qui n'existe pas pour la mise en œuvre conjointe.³⁷
- Le partage des fonds prévu par l'article 12 prévoit qu'une partie des fonds provenant des activités certifiées doit être utilisée pour faire face aux dépenses administratives, et pour aider aussi les pays en développement particulièrement vulnérables aux effets néfastes des changements climatiques à financer le coût de l'adaptation. Ces frais ne sont pas prélevés dans les deux autres mécanismes.³⁸

Ces conditions pèsent sur le MDP et le désavantagent par rapport aux autres mécanismes. Elles sont donc susceptibles de provoquer une distorsion de concurrence entre les transactions Nord/Nord et Nord/Sud.³⁹ Elles empêchent le MDP de connaître un essor tel qu'un grand marché MDP

³⁵ *Ibid.*, § 10 b).

³⁶ Décision 17/CP.7 Modalités et procédures d'application d'un mécanisme pour un développement propre tel que défini à l'article 12 du Protocole de Kyoto, § 7 b).

³⁷ Figueres C., *La belle ou la bête: quel mécanisme pour un développement propre? Liaison énergie – francophonie*, n° 43/ 2^e trimestre 1999, p. 16, 19.

³⁸ Décision 17/CP.7 Modalités et procédures d'application d'un mécanisme pour un développement propre tel que défini à l'article 12 du protocole de Kyoto, point 15.a.

³⁹ Lefevre J., *Defining and distributing the "share of proceeds" under the Clean Development Mechanism*, The Center of the Clean Air Policy, September, 2000 (<http://www.ccap.org>).

puisse se constituer. Sachant que seul un grand marché MDP signifierait des coûts moindres pour les pays développés et plus de développement durable pour les pays en développement, il est à craindre que le MDP ne puisse répondre aux attentes des pays en développement.⁴⁰

1.1.3 L'approbation des projets

Le risque que des projets ne satisfaisant pas l'objectif de développement durable soient mis en oeuvre en tant que projets MDP est un risque existant.

Cependant, la procédure complexe présentée plus haut vise à empêcher que le MDP soit utilisé uniquement comme moyen pour les pays développés de réaliser des réductions d'émissions à un coût moindre.

A cet égard, et sans s'arrêter sur le rôle de l'autorité nationale dans le processus d'approbation nationale qui sera traité plus loin, le rôle du comité exécutif ainsi que des entités opérationnelles s'avère être de la plus grande importance pour que les activités de projets MDP remplissent les conditions relatives au développement durable.

C'est ce qui justifie l'introduction dans les Accords de Marrakech de dispositions relatives à la neutralité des membres du conseil exécutif ainsi que de ceux des entités opérationnelles. A cet effet "les membres du conseil exécutif n'ont aucun intérêt pécuniaire ou financier dans quelque aspect que ce soit des activités de projet relevant du MDP ...",⁴¹ et le conseil peut suspendre un membre ou un suppléant de ses fonctions pour violation des dispositions relatives aux conflits d'intérêt.⁴²

Les Accords ont également prévu que les entités opérationnelles démontrent qu'elles-mêmes et leurs sous-traitants n'ont aucun conflit d'intérêt.

1.1.4 Le MDP et les autres moyens de coopération

En tant que mécanisme d'aide aux pays en développement à parvenir à un développement durable, le MDP risque d'être confondu avec d'autres moyens de coopération. Il peut d'une part être considéré comme un élément du dispositif de coopération prévu par la convention et d'autre part comme un moyen pour les pays développés de souscrire à leurs engagements dans le cadre de l'aide publique au développement. Ceci conduirait dans les deux cas à une réduction des apports financiers.

- Le MDP et le dispositif de coopération prévu par la CCNUCC

La CCNUCC charge les Parties annexe I de fournir des ressources financières nouvelles et additionnelles, et d'effectuer un transfert de technologie aux pays en développement Parties, afin qu'ils exécutent leurs obligations au titre de la convention.

⁴⁰ Kolshus H., Vevatne J., Torvanger A., Aunan C., *Can the clean development mechanism attain both cost-effectiveness and sustainable development objectives?*, Centre of International Climate and Environmental Research (<http://www.cicero.uio.no>).

⁴¹ Décision 17/CP.7 Modalités et procédures d'application d'un mécanisme pour un développement propre tel que défini à l'article 12 du Protocole de Kyoto, C/8.f.

⁴² *Ibid.* C/10.

Le transfert financier et le transfert de technologie pourraient s'effectuer, selon la convention,⁴³ par voie bilatérale, régionale ou multilatérale. Un mécanisme financier est également prévu par la convention. Il a pour tâche de fournir les ressources financières sous forme de dons ou à des conditions de faveur. Le Fonds pour l'Environnement Mondial (FEM)⁴⁴ a été chargé d'assurer le fonctionnement de ce mécanisme financier.⁴⁵

La question qui se pose est la suivante: le MDP est-il un élément du dispositif général de coopération prévu par la Convention Climat ou devrait il être abordé de manière indépendante? Dans le premier cas, il serait un moyen parmi d'autres de satisfaire les obligations d'assistance technique et financière indiquées ci-dessus des pays annexe I envers les pays non annexe I. Dans le second, il serait un instrument additionnel aux moyens de coopération prévus par la convention.

Bien qu'ils visent a priori au même objectif ultime, qui est de faire participer les pays en développement à l'atténuation des GES, les mécanismes de coopération prévus par la convention et le MDP ont des fondements différents. Les mécanismes prévus par la convention sont des mécanismes exclusivement d'assistance financière et technique. Le MDP est par contre un mécanisme de marché fondé sur le bénéfice mutuel. Bien que l'idée d'assistance aux pays en développement ne soit pas absente du MDP, elle ne peut avoir la même signification. Elle est récompensée par les certificats de réduction des émissions.

Cependant, cette distinction n'empêche pas les mécanismes prévus par la convention de profiter au MDP dans la mesure où ils contribuent à la réalisation d'une infrastructure facilitant son implantation.

- Le MDP et l'aide publique au développement

Bien indépendamment de la coopération effectuée dans le cadre de la lutte contre les changements climatiques, les pays en développement bénéficient souvent de l'aide publique au développement. L'aide publique au développement est définie par le comité d'aide au développement de l'OCDE comme les "dons et prêts accordés par le secteur public dans le but essentiel d'améliorer le développement économique et le niveau de vie et assortis de conditions financières libérales". Le comité précise également qu' "outre les apports financiers, l'aide couvre la coopération technique".⁴⁶

⁴³ Sokona, Y., Humphreys, S., Thomas, J.-P., *The Clean Development Mechanism: What Prospects for Africa* (<http://www.enda.sn/energie/cdm2.htm>).

⁴⁴ Le FEM est un mécanisme de coopération internationale établi en 1990 par la Banque mondiale, le PNUE et le PNUD. Il a pour objectif de fournir des fonds nouveaux et additionnels aux pays en développement pour financer des programmes et des projets qui réaliseront une amélioration de l'environnement mondial.

A propos du FEM, voir Boisson de Chazournes, L., "Le fonds pour l'environnement mondial: recherche et conquête de son identité", *Annuaire français de droit international*, I XLI-1993, p. 612.

⁴⁵ La convention a chargé le FEM d'assurer le fonctionnement du mécanisme financier à titre provisoire. En 1996, la COP 2 a établi un mémorandum d'accord avec le FEM sur leur rôle et leurs responsabilités respectifs. En 1998, lors de la COP 4, le FEM a été chargé du fonctionnement du mécanisme financier de manière continue sous réserve de contrôle tous les 4 ans.

⁴⁶ Rapport annuel du comité d'aide au développement, coopération pour le développement du monde, 1982, OCDE, p. 197.

Il est tout à fait envisageable que cette aide publique au développement se recoupe avec le MDP. En effet, celle-ci peut couvrir des projets qui donnent lieu à des réductions de GES. La réhabilitation d'une centrale électrique peut s'effectuer, par exemple, dans le cadre d'un don au titre de l'aide au développement d'un pays annexe I à un pays non annexe I.⁴⁷ On craint alors que les pays annexe I exploitent l'opportunité offerte par le MDP pour classer systématiquement tout projet qui réalise des réductions de GES sous la catégorie MDP. Le financement public de projets exécutés au titre du MDP par les Parties annexe I pourrait conduire dans ce cas à une réduction de l'aide publique au développement.⁴⁸

La décision 17 des Accords de Marrakech a soulevé ce point. Elle stipule: "le financement public des projets exécutés au titre du mécanisme pour un développement propre par les Parties visées à l'annexe I ne doit pas conduire à un détournement de l'aide publique au développement et doit être dissocié des obligations financières des Parties visées à l'annexe I et comptabilisé séparément".⁴⁹ Le descriptif de projet contenu dans son annexe exige par ailleurs "l'information sur les sources de financement public en faveur de l'activité de projet émanant des Parties visées à l'annexe I, qui doivent affirmer que ce financement ne donne pas lieu à un détournement de l'aide publique au développement, qu'il est distinct des obligations financières desdites Parties et qu'il n'est pas comptabilisé dans ces obligations".⁵⁰

Cependant, les mesures relatives à l'additionnalité financière du MDP n'offrent pas la garantie désirable. En effet, l'additionnalité environnementale qui concerne la quantification de la réduction des émissions et qui constitue la contrepartie de l'additionnalité financière pour les pays annexe I, a bénéficié du plus grand intérêt. La quantification des réductions des émissions se fait selon un scénario de base qui suit une méthodologie bien étudiée et elle est vérifiée durant le cycle du projet, alors que rien d'équivalent n'est prévu pour vérifier l'additionnalité financière avec autant de précision. Il serait donc nécessaire de revoir cette question en vue d'équilibrer les bénéfices à tirer du MDP entre pays annexe I et pays non annexe I.

1.2 Craintes relatives à la répartition des projets MDP

La catégorie pays non annexe I est une catégorie générique qui cache des différences énormes entre les pays qui la forment sur les plans politique, économique, social et technologique. Les pays les moins avancés qui sont principalement les pays africains ont une infrastructure peu développée ainsi que des émissions en GES qui sont très faibles. A l'opposé, la situation des pays en développement d'économies émergentes comme les pays nouvellement industrialisés d'Asie ou le Brésil est plus proche de celle des pays développés sur le plan de l'infrastructure et des émissions. Le reste des pays en développement se situent entre ces deux extrêmes.

Par ailleurs le MDP est un mécanisme de marché. La rentabilité économique étant le facteur déterminant pour les investisseurs, ceux-ci choisiront d'investir là où il y a le moins de risques économiques. Dès lors on risque de voir les investissements s'effectuer dans les pays les plus développés, au risque de marginaliser ainsi les pays les moins développés.

⁴⁷ Amous S., "Le MDP et l'investissement direct étranger: quelles relations?" *Point de vue, bulletin africain bioressources énergie développement environnement*, N°14 hors série octobre 2001.

⁴⁸ Sokona Y., Humphreys S., Thomas J.-P., *Equity in the CDM* (<http://www.enda.sn/energy/indexpea.htm>).

⁴⁹ Modalités et procédures d'application d'un mécanisme pour un développement propre tel que défini à l'article 12 du protocole de Kyoto, point 7.

⁵⁰ *Ibid*, Appendice B.

Or, le MDP n'est pas uniquement un mécanisme de marché, il est en même temps un mécanisme de coopération et d'assistance aux pays en développement. L'introduction du paramètre de l'équité entre pays en développement s'avère alors incontournable pour assurer que le MDP réalise son objectif d'aider les pays en développement à parvenir à un développement durable et ce, même pour les moins avancés d'entre eux. Elle s'avère également nécessaire pour réaliser l'objectif de la convention climat qui est celui de faire participer tous les pays à la lutte contre les changements climatiques.

L'expérience dans le cadre de la phase pilote de la mise en œuvre conjointe a mené à l'exclusion des pays les moins compétitifs, en l'occurrence tout le continent africain. Afin d'éviter de reproduire dans le cadre du MDP les erreurs commises lors de la phase pilote, il convient d'examiner les raisons qui ont conduit à l'exclusion des pays africains et de vérifier dans quelle mesure elles peuvent être évitées dans le cadre du MDP.

Les raisons de l'exclusion ne peuvent être abordées sans aborder avant tout la question du "contexte africain".⁵¹ Celui-ci se caractérise par une fragilité sur les plans économique et politique. D'une part les émissions des gaz à effet de serre en Afrique sont très faibles. Celles-ci sont pratiquement négligeables⁵² à cause du bas niveau d'industrialisation, ce qui limite largement le potentiel de réduction. D'autre part, les pays africains souffrent de l'absence d'infrastructure administrative et technique.

Les activités de mise en œuvre conjointe n'ont pas modifié cette situation désavantageuse. D'une part, elles ne prenaient en considération que les réductions d'émission. Or, les pays les moins développés ont, comme il a été indiqué plus haut, des émissions très faibles. D'autre part, ces activités étaient basées exclusivement sur la loi du marché sans tenir compte du paramètre de l'équité, ce qui défavorise les pays les moins développés et les moins aptes à attirer les investisseurs.

Le § 5 b) de l'article 12 du protocole de Kyoto parle d'"avantages réels, mesurables et durables". Cette disposition pose un problème pour les pays à faibles émissions en GES. En effet pour ces pays on doit raisonner en termes d'"empêchement d'émissions futures"⁵³ et non pas de réductions des émissions. Le problème qui se pose est le suivant: Peut-on parler d'avantages réels, mesurables et durables quand il s'agit d'empêchement d'émissions futures?

Même si le § 5 b) de l'article 12 est interprété largement, donnant la possibilité de prendre en compte les empêchements d'émissions future, et même si les mesures nécessaires sont prises pour intégrer les certificats de réduction d'émissions évitées, le problème est loin d'être résolu. Les projets qui visent une réduction d'émissions existantes posent moins de problèmes techniques quant à la mesurabilité et à la quantification. Ceci nous ramène encore une fois sur le terrain des lois du marché qui ne peuvent être qu'au désavantage des pays les moins compétitifs.

La question de l'équité dans le cadre du MDP est donc de la plus grande importance. Les négociateurs y ont porté une attention particulière lors de la COP 7. Deux dispositions ont été prévues pour y répondre.

⁵¹ Sokona, Y., Humphreys, S., Thomas, J.-P., *The Clean Development Mechanism: What Prospects for Africa*, see *supra* note 43.

⁵² Elles sont estimées à moins de 7% pour les émissions globales et à 4% pour les émissions de CO₂.

⁵³ Sokona, Y., Humphreys, S., Thomas, J.-P., *The Clean Development Mechanism: What Prospects for Africa*, see *supra* note 43.

Le point a été soulevé dans le préambule de la décision 17/CP.7, qui note la nécessité de promouvoir une répartition géographique équitable de projets exécutés au titre du mécanisme pour un développement propre, aux niveaux régional et sous-régional. Le conseil exécutif devra à cet effet faire “un rapport à la COP/MOP sur la répartition régionale et sous-régionale des activités de projet relevant du MDP en vue d’identifier les obstacles systématiques ou systémiques à leur distribution équitable et de prendre les mesures voulues”. Reste alors à définir ce qu’on entend par mesures voulues, et donc d’identifier les moyens dont pourrait disposer la COP/MOP pour assurer la répartition équitable.

Certains proposent d’introduire un système de quotas qui aurait pour conséquence, par exemple que le tiers des projets soit mis en oeuvre dans les pays africains ou dans les pays les moins avancés.⁵⁴

D’autres pensent que les banques internationales de développement, ainsi que les gouvernements des Parties annexe I, ont un rôle majeur pour assister les pays les moins avancés au renforcement de leurs capacités. Ceci permettrait à ces pays d’accueillir des investissements au titre d’activités de projets MDP, et facilitera ainsi une répartition équitable.⁵⁵

Les Accords de Marrakech ont encore prévu des activités de projets à faible ampleur, à procédure simplifiée, afin de favoriser l’accès des pays les moins développés aux investissements au titre d’activités de projets MDP. Le conseil exécutif a été chargé d’élaborer cette procédure.

Les activités de projets à faible ampleur sont:

- les activités de projets visant à produire de l’énergie à partir de sources renouvelables dont la puissance maximale ne dépasse pas 15 mégawatts (ou une valeur équivalente appropriée);
- les activités de projets visant à améliorer l’efficacité énergétique qui entraînent des réductions de la consommation d’énergie, du côté de l’offre et/ou de la demande, pouvant atteindre l’équivalent de 15 gigawatt heures par an;
- d’autres activités de projets qui à la fois réduisent les émissions anthropiques par les sources et émettent directement moins de 15 kilotonnes d’équivalent dioxyde de carbone.

Malgré les mesures prises dans le cadre des Accords de Marrakech, la question ne semble pas se résoudre au niveau de la pratique. Bien qu’on ne puisse pas tirer des conclusions définitives sur la question, aucun projet n’ayant été mis en oeuvre, Il est tout de même frappant que parmi les 15 projets MDP qui ont été soumis à l’étude du conseil exécutif, 4 proviennent du Brésil et 3 de l’Inde,⁵⁶ tandis que les pays africains sont encore complètement absents.

Cette analyse des craintes suggère en premier lieu que dans la plupart des cas, elles ont été prises en considération par la COP 7. Les réponses se contentent souvent de poser des principes mais tendent aussi parfois à être plus précises en prévoyant des mécanismes procéduraux. Il est clair que la bonne marche du MDP dépendra du respect de la procédure prévue à toutes les étapes. Celle-ci est déjà assez détaillée et assez complexe mais il faut reconnaître que plus elle apportera de précisions, plus elle garantira le bon fonctionnement du mécanisme.

⁵⁴ *Ibid.*, les auteurs parlent de “avoided future emissions” en opposition à “emission reduction”.

⁵⁵ *Building International Public-private Partnerships under the Kyoto Protocol*, United Nations, (UNCTAD/GDS/GFSB/Misc.7) p. 68.

⁵⁶ [Http://cdm.unfccc.int/EB/Panels/meth/PNM_Recommendations/index.html](http://cdm.unfccc.int/EB/Panels/meth/PNM_Recommendations/index.html).

2. Les conditions devant être remplies par le pays hôte

Afin qu'un pays en développement puisse bénéficier du MDP, il doit remplir certaines conditions. Ces conditions se situent à deux niveaux: la première a directement trait à la procédure de mise en œuvre du mécanisme par le pays hôte, qui est assurée par l'autorité nationale, la deuxième a un rapport indirect avec le MDP dans la mesure où il concerne le cadre déjà existant ou à créer et qui pourrait avoir une incidence importante sur le mécanisme.

2.1 L'autorité nationale

Pour participer au MDP, tout pays doit présenter trois conditions de base: la ratification du protocole, la participation volontaire et la désignation d'une autorité nationale.

Tandis que les deux premières conditions ne nécessitent pas d'analyse particulière, la dernière, à savoir l'établissement de l'autorité nationale, demande des précisions étant donné que le succès dans la mise en œuvre du mécanisme, et donc la réalisation de l'objectif de développement durable, sont tributaires dans une large mesure du bon fonctionnement de l'autorité nationale.

Après avoir précisé les fonctions de cette autorité, on s'interrogera sur sa structure, en essayant de faire ensuite des propositions pour le cas tunisien.

2.1.1 Fonctions de l'autorité nationale

Le rôle le plus important de l'autorité nationale est celui d'assurer l'évaluation et l'approbation des projets MDP. L'autorité nationale détermine d'une part si le projet proposé peut réaliser des réductions de GES qui soient réelles, mesurables, et à long terme. Elle évalue d'autre part si ledit projet contribue ou non au développement durable dans le pays hôte.

L'opération d'évaluation et d'approbation est particulièrement importante pour les pays hôtes dans la mesure où ses résultats seront décisifs en ce qui concerne les chances qu'aura le projet approuvé d'être validé et certifié comme projet MDP. Elle constitue aussi le seul moyen pour le pays hôte d'assurer que le projet est en harmonie avec sa politique nationale, ses stratégies et ses priorités de développement durable.

Dès lors l'autorité nationale aura un certain nombre de fonctions à remplir. Elle assurera d'une part la tâche de maîtriser les critères adoptés sur le plan international pour l'évaluation des projets, elle développera d'autre part des critères nationaux, enfin elle développera une procédure d'évaluation et d'approbation des projets.

En ce qui concerne l'adoption des critères internationaux, la première des exigences à laquelle doit répondre l'autorité nationale est celle de maîtriser les critères adoptés sur le plan international pour les utiliser comme point de départ dans l'opération d'évaluation. L'article 12 prévoit trois critères d'éligibilité de base, à savoir aider les PED à réaliser un développement durable, réaliser des réductions mesurables, réelles et vérifiables à long terme, et l'additionnalité. Par la suite, les Accords de Marrakech ont élaboré des mesures qui précisent des questions techniques relatives à la réduction des émissions par les activités de projet MDP. En ce qui concerne l'additionnalité, on prévoit la préparation d'une évaluation quantitative de la ligne de base ainsi qu'une appréciation qualitative et une justification du scénario de base.

S'agissant du développement des critères nationaux, il appartient au pays hôte d'évaluer si une activité de projet aide à la réalisation du développement durable. Le pays hôte doit pour ce faire préparer des critères nationaux. Ces critères prendront en compte la compatibilité avec la politique et le régime juridique existants. Cette compatibilité peut être vérifiée aux niveaux national, local et sectoriel. Au niveau national: doivent être vérifiées la compatibilité avec les objectifs de

développement durable ainsi que l'harmonie avec la politique nationale de lutte contre le changement climatique. Au niveau sectoriel, une harmonie avec le cadre politique et juridique régissant le secteur doit exister. Au niveau local, il s'agit de compatibilité avec les priorités locales, de la faisabilité institutionnelle et technique, y compris de la disponibilité des institutions adéquates et des ressources humaines qualifiées.

Le dernier point est l'établissement d'une procédure d'évaluation et d'approbation qui soit la plus précise et la plus transparente possible.

2.1.2 Structure de l'autorité nationale

Il n'existe pas de modèle type à suivre pour établir une autorité nationale. Sa structure dépendra du pays hôte et reste le libre choix de celui-ci. En se référant aux autorités nationales déjà désignées, on peut distinguer différentes structures possibles.

Certains pays ont choisi de désigner une autorité nationale à composition essentiellement ministérielle, mais d'autres ont opté pour la désignation d'une institution à structure plus ouverte, qui tient également compte du caractère interdisciplinaire. Un exemple de la première approche est donné par la Commission Interministérielle des Changements du Climat du Brésil. La seconde approche sera illustrée par l'exemple de comité national MDP marocain. Ensuite, le cas tunisien va être étudié sachant que la Tunisie n'a pas encore désigné une autorité nationale.

La Commission Interministérielle des Changements du Climat du Brésil est créée par un décret du 7 juillet 1999. Elle a pour objectif la coordination des actions du gouvernement dans le domaine de la lutte contre les changements climatiques, elle est composée par des représentants des organismes suivants:

- Ministère des relations extérieures;
- Ministère de l'agriculture et de l'approvisionnement;
- Ministère des transports;
- Ministère des mines et de l'énergie;
- Ministère du budget et de la gestion;
- Ministère de l'environnement;
- Ministère des sciences et de la technologie;
- Ministère de développement de l'industrie et du commerce.

Cette composition permet une représentation de tous les secteurs publics qui peuvent avoir un rapport quelconque avec le MDP. Cependant, elle se limite à la représentation de l'acteur public alors que le MDP est un mécanisme qui suppose l'intervention de tous les acteurs et spécialement ceux du secteur privé. Le point 5 de l'article 2 du décret de création de la Commission prévoit cependant qu'elle pourra solliciter la collaboration des organismes publics ou privés et des entités représentant la société civile pour la réalisation de ses attributions.

A part son rôle d'autorité nationale (définir des critères d'éligibilité pour le MDP, évaluer les projets et les approuver selon le cas (art 3 c-d)), la commission a un rôle quant à la lutte contre les changements climatiques. D'une part, elle donne son avis sur les propositions de politiques sectorielles qui ont un rapport avec les changements climatiques; d'autre part, elle assiste le gouvernement dans les négociations internationales.

Ce rôle de "conseiller du gouvernement" dont est chargée la commission lui permet d'être à cheval sur les questions nationales et internationales et lui permet d'avoir une influence sur la politique menée dans le secteur des changements climatiques. Ces attributions ne peuvent jouer qu'un rôle positif dans l'accomplissement des fonctions de l'autorité nationale. Elles lui permettent d'avoir une vision générale comme elles lui procurent la capacité de coordination entre les différents éléments.

L'autorité nationale brésilienne a plusieurs avantages, mais elle souffre de ne pas être assez représentative. La situation de l'autorité nationale marocaine est différente.

Le comité national MDP du Maroc est placé auprès de la Direction de partenariat, de la communication et de la coopération, il est composé d'une vingtaine de représentants provenant de:

- plusieurs départements ministériels,
- la confédération générale des entreprises marocaines,
- le centre marocain de promotion des exportations,
- les centres régionaux d'investissement,
- la société civile.

Il a pour mission l'approbation des procédures et des méthodologies des projets MDP, des critères de développement durable et des lignes de base. Il examine en outre les projets postulant un financement au titre de projet MDP.

Le comité est doté d'un organe permanent appelé cellule chargée du MDP. Cette cellule est chargée d'assurer la fonction de secrétariat. Elle assure les relations permanentes avec le conseil exécutif du MDP, enregistre et délivre l'approbation des projets acceptés et assure leur suivi.

Le comité national marocain a l'avantage d'être représentatif d'un grand nombre d'acteurs qui interviennent dans le processus du MDP. Il fait intervenir l'acteur public et privé et même la société civile. Il a cependant le désavantage de ne pas être, contrairement à l'autorité nationale brésilienne, bien intégré dans la structure qui gère la problématique des changements climatiques. On craint alors de voir le MDP réduit en un mécanisme de marché dénué de tout souci environnemental alors que son objectif ultime est un objectif de protection de l'environnement.

C'est à la lumière de ces expériences brésilienne et marocaine que sont offertes les réflexions sur la Tunisie. Réflexions qui s'appuient également sur les acquis tunisiens en la matière.

La Tunisie n'a pas encore désigné d'autorité nationale mais elle a déjà un tissu institutionnel relatif aux changements climatiques. La structure focale sur les changements climatiques a certains aspects qui sont compatibles avec les conditions de l'établissement d'une autorité nationale. Sa désignation en tant qu'autorité nationale est donc possible, mais à condition de l'aménager afin qu'elle réponde mieux aux exigences de l'autorité nationale.

La structure focale a pour tâche essentielle de traiter de la problématique des changements climatiques, spécialement en ce qui concerne la mise en oeuvre de la convention. Ce rapport qu'elle entretient avec le domaine des changements climatiques la rend apte à remplir les tâches de l'autorité nationale.

Elle comprend:

- le point focal de la CCNUCC en la personne du directeur de l'environnement industriel.
- un représentant de la direction générale de l'énergie (ministère de l'industrie).
- un représentant de la direction générale des forêts (ministère de l'agriculture)
- un représentant de l'agence nationale de protection de l'environnement.
- un représentant de l'observatoire national de l'environnement et du développement
- un représentant de l'agence nationale des énergies renouvelables.
- un représentant de l'agence de protection et de l'aménagement du littoral.
- un représentant de l'institut nationale de météorologie.
- un représentant de l'institut national agronomique de Tunis.
- un représentant de l'école nationale des ingénieurs de Tunis.
- un représentant de l'association des géographes tunisiens.

Contrairement à l'autorité nationale brésilienne qui connaît une composition exclusivement ministérielle, la composition de la structure focale tunisienne a l'avantage d'offrir plus de participation. Cependant, et à l'instar de la commission interministérielle brésilienne, le secteur privé est complètement absent alors que traiter des questions relatives au MDP présuppose la participation des acteurs du secteur privé. Il serait alors opportun d'y voir le secteur privé représenté comme c'est le cas de l'autorité nationale marocaine.

Mise à part sa composition, la structure focale a un autre handicap pour accomplir la tâche d'une autorité nationale: sa base juridique. La structure focale a été créée par une simple note de service du ministre de l'environnement et de l'aménagement du territoire, ce qui ne lui donne pas la force juridique nécessaire. Elle devrait bénéficier d'une assise juridique plus consistante: un décret présidentiel par exemple, comme c'est le cas pour le Brésil.

2.2 La mise en place d'un cadre adéquat

D'abord, le fait que le MDP soit un mécanisme de marché exige que le pays voulant bénéficier du mécanisme soit compétitif pour attirer les investissements. Il s'agit donc de disposer d'un cadre juridique qui présente des conditions attrayantes pour les investisseurs potentiels.

Il s'agit ensuite de présenter un cadre adéquat pour intégrer l'activité de projet MDP en tant qu'élément d'un ensemble, d'une politique, d'une stratégie qui aurait pour finalité la réalisation du développement durable.

La création d'un cadre adéquat concerne d'une part l'étape précédant la mise en oeuvre du mécanisme (accueil des investisseurs) mais aussi l'étape a posteriori (étape de la récolte des bénéfices du mécanisme).

Les remarques ci-dessous sont relatives au cas tunisien et se limitent au domaine de l'énergie qui est le domaine prioritaire quant à l'intervention du MDP en Tunisie.

2.2.1 Cadre relatif aux investissements

Passons brièvement en revue les conditions avantageuses à l'investissement que présente la Tunisie, et qui découlent de sa législation interne ou des accords internationaux:

- La législation interne

La législation interne tunisienne présente des conditions favorables à l'investissement dans le domaine de l'efficacité énergétique et des énergies renouvelables tant au niveau de la législation relative à l'investissement qu'à celui des tarifs douaniers.

- o Législation relative à l'investissement

Le code d'incitation aux investissements promulgué par la loi n°93-120 du 27 décembre 1993 prévoit dans son article 41 que "Les investissements visant à réaliser des économies d'énergie et à développer la recherche, la production et la commercialisation des énergies renouvelables et de la géothermie, ouvrent droit au bénéfice de la réduction des droits de douane au taux minimum de 10%, la suspension de la taxe sur la valeur ajoutée au titre des biens d'équipements et matériels importés n'ayant pas de similaires localement et la suspension de la taxe sur la valeur ajoutée au titre des biens d'équipements et matériels acquis localement".

- o Législation fiscale et tarifs douaniers

Le décret n°94-1998 du 26 septembre 1994 prévoit la réduction des droits de douane à 10% et la suspension de la taxe d'effet équivalent et de la TVA dus au titre des matières premières et

demi-produits nécessaires à la fabrication des équipements économiseurs d'énergie ou utilisés dans le domaine des énergies renouvelables ...

- Les accords internationaux

La Tunisie a signé les accords de l'OMC. Elle a également conclu des accords de partenariat avec la Communauté européenne. La coopération prévue par les accords entre la Communauté européenne et l'Etat tunisien se fixe le but de créer un climat favorable aux flux d'investissements par "l'établissement de procédures harmonisées et simplifiées des mécanismes de co-investissement ..." ⁵⁷ Il est encore prévu que les actions de coopération seront orientées vers les énergies renouvelables, la promotion des économies d'énergie et le soutien des efforts de modernisation et de développement des réseaux énergétiques et de leurs interconnexions aux réseaux de la Communauté.

2.2.2 Cadre relatif au développement durable

L'objectif du MDP est d'aider les pays en développement à parvenir à un développement durable. Cela suppose que le pays hôte se soit déjà engagé sur la voie du développement durable. En effet les bénéfices qui résulteraient d'un projet MDP pour le pays hôte n'auraient de sens que s'ils s'inscrivent dans ce contexte, et si donc le secteur de l'énergie dans le pays en question s'est engagé dans la promotion des énergies renouvelables.

Considérons ici le cadre juridique et institutionnel ainsi que l'expérience dans le domaine de l'énergie à travers les projets qui ont été entrepris.

- Sur le plan institutionnel

L'agence nationale des énergies renouvelables a été créée par le décret du 18 décembre 1998. Elle a pour mission de "mettre en oeuvre une politique de l'Etat dans le domaine de la promotion des énergies renouvelables et alternatives et d'inciter à l'utilisation des énergies et des technologies propres". Depuis sa création, l'agence a développé son intervention dans le domaine de la recherche et du développement, dans le domaine de l'utilisation rationnelle de l'énergie et enfin dans la réduction des émissions des GES.

- Sur le plan réglementaire

Des audits énergétiques sont prévus par le décret no 87-50 du 13 janvier 1987 portant institution des audits énergétiques obligatoires et périodiques.

Une obligation de consultation préalable de l'agence pour la maîtrise de l'énergie pour les projets grands consommateurs d'énergie est également prévue par le décret no 87-51 du 13 janvier 1987.

- Les projets entrepris

Plusieurs projets ont déjà été entrepris dans le domaine des énergies renouvelables et de maîtrise de l'énergie. Les uns s'inscrivent dans le cadre de la mise en oeuvre par l'Etat tunisien de sa politique dans le domaine énergétique: ainsi un programme national d'électrification rurale par le photovoltaïque s'étendant sur la dernière décennie a donné lieu à l'électrification de 1000 foyers. Une centrale éolienne d'une puissance de 10 mégawatts a aussi été établie. Les autres projets ont

⁵⁷ Accord Euro-Méditerranéen établissant une association entre la communauté européenne et ses Etats membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part, Journal officiel des Communautés européennes, L97/12, 30.03.98.

été entrepris dans le cadre de la mise en oeuvre de la CCNUCC grâce à des financements découlant de la coopération bilatérale, tels que:

Un projet de développement du marché des chauffe-eau solaires soutenu financièrement par le FEM et la coopération belge (1995).

Un projet de certification énergétique des réfrigérateurs soutenu financièrement par le FEM (1999).

Un projet de réglementation thermique des bâtiments soutenu financièrement par le FEM et le FFEM (2000).

Tous ces éléments créent un environnement favorable à l'accueil des projets MDP dans le domaine de l'énergie en Tunisie.

V. Conclusion

Le MDP est un mécanisme qui se caractérise par sa grande complexité. Il fait l'objet d'une grande controverse. Il implique divers acteurs et plusieurs secteurs. Les enjeux économiques y sont très importants et le défi environnemental tout aussi sérieux. Son bon fonctionnement réaliserait une très grande avancée dans la lutte contre les changements climatiques ainsi que dans la réalisation du développement durable pour les pays en développement, mais il est tributaire de plusieurs facteurs. Parviendra-t-il à surmonter les obstacles qu'il rencontre et réaliser ses objectifs?

Toute réponse à cette question serait une réponse prématurée. Le MDP est un mécanisme qui est encore en phase d'élaboration. Tant qu'il n'a pas été mis en oeuvre, on ne peut pas savoir quelles seront ses lacunes. L'adoption des solutions adéquates dépendra probablement de ce que révélera l'expérience.

Liste des abréviations

CCNUCC :	la Convention Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques.
COP :	la conférence des Parties à la CCNUCC.
COP/MOP :	la conférence des Parties agissant comme réunion des Parties.
CRE :	certificats de réduction d'émission.
FEM :	le fonds pour l'environnement mondial
FFEM :	le fonds français pour l'environnement mondial.
GES :	gaz à effet de serre.
GIEC :	le groupe intergouvernemental d'évaluation du climat.
MDP :	le mécanisme pour un développement propre.
OMM :	organisation mondiale de météorologie.
OSCST :	organe subsidiaire de conseil scientifique et technique.
PED :	pays en développement.
URE :	unités de réduction d'émission.

Hacia un acuerdo sobre evaluación de impacto ambiental en un contexto transfronterizo en centroamérica

Marianela Cedeño Bonilla

Octubre 2004

I. Introducción

Los países de Centroamérica enfrentan hoy día el reto de actualizar, armonizar y modernizar los sistemas de evaluación de impacto ambiental (EIA). En este proceso, uno de los aspectos más medulares es el de regular los impactos transfronterizos. Los países han acordado la necesidad de fortalecer este aspecto dentro de la EIA para lograr una efectiva evaluación de proyectos que puedan tener un impacto más allá de las fronteras en el ambiente y la salud, incluidos los impactos de largo alcance.

Los ministros de ambiente de la región (Belice, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y Panamá) firmaron el 4 de Julio de 2002 el “Acuerdo Para el Fortalecimiento de las Evaluaciones de Impacto Ambiental en Centroamérica” con la intención de promover una agenda regional que llevará a la modernización y eficacia de los sistemas de EIA. El acuerdo busca contribuir al proceso de integración, aumentar la competitividad regional y alcanzar el desarrollo sostenible en los países del istmo.

El acuerdo fue acompañado de un instrumento estratégico para su implementación conocido como el Plan de Acción Regional que propone una serie de actividades, entre las cuales se resalta el “elaborar un Convenio Regional para la Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, obras o actividades transfronterizas”.¹

Como resultado de este proceso de modernización los países se encuentran trabajando entre otros en su legislación nacional mediante revisión, reformas y aprobación de normativa, especializada en EIA;² y dando pasos hacia la implementación de guías técnicas en la materia. Otros esfuerzos que caben mencionar son la preparación de guías procedimentales en EIA, guías de participación pública, capacitación en temas tales como evaluación ambiental estratégica, valoración económica, equidad de género en los procesos de EIA (incluyendo reducción de pobreza) e impactos transfronterizos. Mas allá de esto, Centroamérica se encuentra inmersa en un proceso regional de integración, con esfuerzos dirigidos hacia la protección del ambiente, reducción de la pobreza y cumplimiento de compromisos internacionales en materia de salud, ambiente, desarrollo económico y estabilidad política. Casos como el Plan Puebla Panamá,³ tratados de libre comercio⁴ y programas multinacionales de protección ambiental⁵ tienden a atraer inversiones para un desarrollo estable de la región, pero generan la necesidad de contar con instrumentos avanzados para la evaluación de posibles impactos producidos por la infraestructura necesaria para desarrollarlos (carreteras, sistemas eléctricos, telecomunicaciones) así como posibles programas, políticas o planes inherentes a dichos emprendimientos.

La armonización de los sistemas de EIA en Centroamérica está en proceso, se han hecho avances y existe voluntad política para seguir este camino. Durante este proceso muchas instituciones, organizaciones y representante de la sociedad civil han sido informados por medio

¹ Acuerdo para el Fortalecimiento de los Sistemas de Evaluación de Impacto Ambiental en Centroamérica, 4 de julio de 2002.

² Tal es el caso de Guatemala (Acuerdo Gubernativo 23-20003 de 27 de enero de 2003) y Costa Rica (julio de 2004).

³ Para mas información ver <http://www.iadb.org/ppp>.

⁴ Tal es el caso del Tratado de Libre Comercio con Centroamérica y el de las Américas (CAFTA y FTAA).

⁵ Sistema Arrecifal Mesoamericano (www.mbrs.bz) y Corredor Biológico Mesoamericano (www.biomeso.net).

de distribución de documentos y red electrónica, capacitados y asistidos por el Proyecto “Fortalecimiento de las Evaluaciones de Impacto Ambiental en Guatemala, Nicaragua y Costa Rica”,⁶ implementado técnicamente por UICN/ORMA,⁷ políticamente por SICA/CCAD⁸ y financiado por el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos. La disposición y el trabajo desarrollado dentro de este marco por los Ministerios de Ambiente y dentro de ellos los departamentos de EIA de cada país ha sido un insumo básico para el avance del tema en la región.

II. Justificación

Como se ha mencionado uno de los aspectos prioritarios de los sistemas de EIA en la región es la necesidad de regular los impactos transfronterizos. Muchos de los proyectos que contribuyen al desarrollo económico en la región pueden generar impactos negativos en el ambiente más allá de las fronteras de un país determinado.

La regulación de los impactos transfronterizos en el contexto regional centroamericano requiere tomar en cuenta el marco legal y técnico en el ámbito nacional, regional e internacional.

En este trabajo se toman en cuenta instrumentos internacionales tales como la Convención de Espoo, la Convención de Aarhus, las Directivas de la Unión Europea en materia de EIA, EAE, Participación Pública y sus reformas, así como el Convenio sobre la Diversidad Biológica y los lineamientos adoptados por sus Conferencias de las Partes Contratantes (COP), la Convención de Ramsar y las resoluciones de la COP, todos los cuales proveen de elementos relevantes para el desarrollo de un instrumento relativo a la regulación de impactos transfronterizos específicos para la región centroamericana.

Se hace un análisis de la situación teniendo en consideración la realidad regional y el marco internacional los cuales son abordados con el fin de arrojar un halo de luz respecto a la conveniencia de adoptar un acuerdo ministerial o una convención internacional, elaborar un nuevo instrumento o adherirse a uno ya existente.

III. EIA en el contexto transfronterizo: el estado del arte

1. Situación en el ámbito internacional

El concepto de EIA se ha desarrollado en el ámbito internacional como un instrumento nacional de gestión ambiental a través de una serie de convenciones y declaraciones.

Para lograr entender este desarrollo internacional conviene referirse, en primer lugar, a la Declaración de Estocolmo sobre Ambiente Humano que establece que la planificación u ordenación son medios para preservar el ambiente. Asimismo establece la importancia de planificar el

⁶ Implementado políticamente por CCAD, técnicamente por UICN/ORMA y financieramente por el Ministerio de Cooperación de los Países Bajos, marzo de 2001– enero de 2004.

⁷ UICN/ORMA ha brindado apoyo técnico a los países centroamericanos y a la sociedad civil en materia de EIA.

⁸ Sistema de Integración Centroamericano (SICA) es el órgano político regional encargado de la interacción de los países, donde la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD) es el órgano político en materia de ambiente, su rol principal es la creación y fortalecimiento de organismos nacionales de ambiente y desarrollo.

desarrollo económico para evitar efectos adversos del ambiente y la importancia de establecer instituciones para planificar, administrar o controlar la utilización de recursos ambientales.⁹

La Carta Mundial de la Naturaleza,¹⁰ apunta a la necesidad de realizar estudios acerca de los posibles efectos que un determinado proyecto de desarrollo pueda tener sobre la naturaleza, así como la necesidad de planificar y realizar las actividades de manera tal que se reduzcan al mínimo los posibles efectos perjudiciales sobre la naturaleza.

De acuerdo con la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y Desarrollo¹¹ los países deben contar con una autoridad nacional competente que utilice la EIA como instrumento para evaluar las actividades que puedan producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente. La agenda 21 también menciona la necesidad de EIA como resultado de la promoción y desarrollo de metodologías para los procesos de toma de decisiones y, de esta manera, alcanzar el desarrollo sostenible.

La Convención sobre la Diversidad Biológica incluye la obligación por parte de los Estados de establecer procedimientos para evaluar impactos sobre la diversidad biológica de proyectos, planes, políticas y programas.¹²

La EIA como instrumento dentro de la gestión ambiental ha evolucionado de tal manera que en este momento ha sido considerado como un “principio general del derecho e incluso un requerimiento del derecho consuetudinario para estados que realizan EIA de acuerdo con lo expresado en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”.¹³

2. EIA transfronterizo, la experiencia europea

El Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas¹⁴ sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Convenio de Espoo)¹⁵ establece que las Partes adoptarán medidas apropiadas para prevenir, reducir y controlar los impactos transfronterizos adversos al ambiente que algún proyecto pueda tener.

El Convenio se concentra en actividades que generan un impacto transfronterizo en otro(s) país(es).¹⁶ Cabe resaltar que el mismo incluye los impactos de largo alcance¹⁷ en un contexto transfronterizo.

⁹ Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 14 junio de 1972, Principios 2, 4, 12-15 y 17.

¹⁰ La Carta para la Naturaleza, 28 de octubre de 1982, párrafo 11.c.

¹¹ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 16 de junio de 1992, Principio 17.

¹² Convenio sobre la Diversidad Biológica, Artículo 14: Evaluación del impacto y reducción al mínimo del impacto adverso. Ver al respecto CDB, Conferencia de las Partes Contratantes. Decisión VI/7 (a) y Decisión VII/6 (f).

¹³ Traducción libre.

¹⁴ En adelante, UNECE, por sus siglas en inglés.

¹⁵ Espoo, 25 de febrero de 1991.

¹⁶ Artículo 1.8 “Por ‘impacto transfronterizo’ se entiende todo impacto no necesariamente de naturaleza global, dentro de una zona bajo la jurisdicción de una de las Partes que haya sido causado por una actividad propuesta cuyo origen físico esté ubicado total o parcialmente dentro de una zona situada bajo la jurisdicción de otra Parte.”

El Protocolo de Evaluación Ambiental Estratégica al Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo fue adoptado el 21 de mayo de 2003 en Kiev, Ucrania, y aun no ha entrado en vigor. Su objetivo es el establecimiento de los procedimientos para evaluar ciertos planes y programas. Este protocolo establecerá las bases para EAE de acuerdo con lo estipulado en el Convenio Espoo y el Convenio de Aarhus. Este Protocolo desarrolla una serie de procedimientos relativos a listado taxativo, evaluación ambiental inicial, participación pública, consulta, consultas transfronterizas, monitoreo así como la importancia y relación de la EAE con políticas y legislaciones existentes.

La Directiva de la Unión Europea sobre EIA¹⁸ se aplica a la evaluación de los efectos ambientales de proyectos privados y públicos que podrían tener un impacto significativo en el ambiente. Esta directiva provee de estándares mínimos del proceso de EIA para que pueda ser implementado a nivel nacional.¹⁹

La Directiva 2001/42/EC²⁰ hace referencia a los impactos transfronterizos significativos que ciertos planes y programas puedan tener en el ambiente. Reafirma el principio internacional de consulta con otros estados miembros en caso de posibles impactos en otros países y la necesidad de contar con un marco legal adecuado.

La Directiva 2003/35/EC²¹ se refiere a la participación pública en la elaboración de ciertos planes y programas con el fin de avanzar en la implementación de las obligaciones establecidas en el Convenio de Aarhus. La participación pública constituye un elemento esencial para la toma de decisiones en las EIA, por ello es importante tener en cuenta el Convenio mencionado²² a la hora de analizar el régimen de la EIA en contextos transfronterizos.

Una serie de instrumentos internacionales y regionales²³ mencionan la importancia de la EIA transfronteriza. Esto evidencia el desarrollo que ha tenido este instrumento tanto a nivel interna-

¹⁷ Guía en la aplicación práctica del Convenio Espoo. Finlandia, Suecia, Holanda. Instituto Finlandés de Ambiente (SYKE), Finlandia, 2003, página 26, haciendo referencia al artículo 1.8 del Convenio Espoo.

¹⁸ Directiva del Consejo 97/11/EC de 3 de marzo de 1997 por la que se modifica la Directiva 85/337/EEC relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

¹⁹ Artículo 12: Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para cumplir la presente Directiva en un plazo de tres años a partir de su notificación.

²⁰ Directiva 2001/42/EC de 5 de junio de 2001 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Publicado en el Diario Oficial L197 de 21 de julio de 2001, página 30.

²¹ Directiva 2003/35/EC de 26 de mayo de 2003 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo.

²² Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales. Aarhus, 25 de junio de 1998.

²³ Convenio de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar (1982) artículo 206; Acto Final de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa, 1975; Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, 1991; Convenio sobre la protección y uso de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, 1992, artículo 3; Convención de

cional como regional. En Centroamérica la situación ha sido diferente debido a que no existen regulaciones al respecto. De allí la necesidad de su regulación, tomando en cuenta la situación y los desarrollos a nivel internacional, adaptándolos a las circunstancias de la región.

IV. Elementos clave del régimen de EIA en un contexto transfronterizo en Centroamérica

Los siguientes elementos fueron analizados con el objeto de facilitar la labor de preparar un instrumento regional en materia de regulación de impactos transfronterizos. Están destinados a realizar un aporte que mejore el proceso de toma de decisión sobre proyectos tanto en el nivel público como en el privado que tengan impactos más allá de las fronteras nacionales.

Los elementos que se presentan a continuación deben de tomarse en cuenta a la hora de elaborar un instrumento que permita la cooperación y la integración en la toma de decisiones cuando se trate de proyectos que puedan tener impactos negativos en Centroamérica.

1. Evaluación ambiental inicial / listado taxativo

El proceso evaluación ambiental inicial es fundamental a la hora de establecer si un proyecto puede o no tener impactos significativos en el ambiente. Hay varias maneras de llevar a cabo el proceso de *screening*, ya sea a través de una lista de actividades predeterminada (lista taxativa), estudiar caso por caso, o ambas. Los países centroamericanos utilizan ambos métodos al inicio de una EIA. Generalmente la lista taxativa es definida por la legislación y está basada en la experiencia de cada país.

En Guatemala y Costa Rica, por ejemplo, que son los países que cuentan con las legislaciones más recientes en materia de EIA, se ha desarrollado un listado taxativo siguiendo el orden de la Clasificación Industrial Uniforme de todas las Actividades Económicas (CIIU).²⁴ Los otros países están tomando en consideración este sistema, pero aun así se presentan diferencias significativas entre los diferentes procedimientos a seguir. Por ejemplo, la ley de Nicaragua tiene un requerimiento general de realizar EIA a proyectos que puedan afectar el ambiente y una lista de 15 actividades obligatorias. Costa Rica tiene una clasificación de actividades dentro de las cuales dependiendo de la magnitud o significancia del proyecto se requiere de EIA, además de contar con actividades que obligatoriamente requieren de un EIA. Recientemente, la mayoría de países ha reconsiderado su lista de actividades.

Basado en la necesidad de definir un listado taxativo regional para proyectos que puedan tener un impacto significativo mas allá de sus fronteras, el Comité Técnico de EIA de la CCAD trabajó en dos de sus reuniones²⁵ en el desarrollo de un listado de 10 actividades que pueden tener impactos transfronterizos significativos y de 5 planes, políticas o programas que puedan tener incidencia transfronteriza. La lista se encuentra elaborada y está en espera de ser puesta a conocimiento del Consejo de Ministros de Ambiente de la CCAD para su aprobación.

El Convenio de Espoo establece en este sentido los umbrales que deben atender los estados parte del mismo y determina primero que todo, si la actividad tiene o no impactos significativos

Naciones Unidas sobre el Derecho de Uso de los Cursos de Agua Transfronterizos para fines distintos de la Navegación, 1997, artículo 12.

²⁴ Promovido por la Comisión de Estadísticas de Clasificaciones Internacionales y Económicas de Naciones Unidas.

²⁵ Octubre y noviembre de 2003.

en el ambiente (dependiendo del tamaño, localización y efectos). Asimismo establece un listado taxativo limitado de actividades que deben someterse al proceso EIA inexorablemente. Esta lista puede extenderse, dependiendo de los países. Deja abierta la posibilidad de determinar la importancia de los impactos a través de un acuerdo.²⁶

De acuerdo con el Dr. Alejandro Iza,²⁷ a la hora de realizar un listado taxativo de actividades que puedan tener un impacto significativo en el ambiente hay que tomar en cuenta:

- Que tipo de actividades deben ser incluidas en la lista;
- Que actividades no deben ser consideradas en la lista;
- Si existe un listado taxativo regional;
- En caso de conflicto de interpretación, cual es el proceso para resolver dicho conflicto.

Mucho depende de las respuestas a estas interrogantes. Primero que todo, el tipo de impacto, debe ser un impacto significativo o adverso para el ambiente, pero no un impacto menor o temporal. Estos impactos deben ser sobre la salud humanidad, la flora, fauna, suelo, aire, agua, clima y paisaje.²⁸ Usualmente estos listados incluyen refinerías de petróleo, plantas hidroeléctricas, producción de energía nuclear, instalación de desechos tóxicos, carreteras, puertos, represas, entre otros.²⁹

El proceso de evaluación ambiental inicial ha sido trabajado recientemente en la región. El trabajo llevado a cabo hasta ahora respecto de un Listado Taxativo regional para proyectos y para planes, políticas y programas será un gran paso en el desarrollo de un instrumento regional en materia de impactos transfronterizos.

2. Notificación

La notificación es la etapa en que el estado de origen notifica a los otros estados que puedan ser afectados por un proyecto o actividad planeada en aquel. Esta notificación está basado en el principio de Buena Vecindad (los estados deben considerar los derechos de los otros estados a la hora de realizar o permitir una actividad en su territorio que pueda incidir en el territorio vecino).

Por ejemplo, la Directiva de la Unión Europea, en su artículo 14 inciso b) requiere notificación, intercambio de información y consulta en el caso de actividades bajo la jurisdicción de un estado que pueda tener efectos significativos en la diversidad biológica de un tercero. El mecanismo de monitoreo se realiza a través de acuerdos bilaterales, multilaterales o regionales. Asimismo, el inciso c) establece el principio de notificación y acción para prevenir o minimizar el peligro o daño en la diversidad biológica causada por un proyecto en otras jurisdicciones.

Asimismo la decisión VI/7 de la COP del Convenio sobre la Diversidad Biológica establece lineamientos para la incorporación de aspectos sobre la diversidad biológica en procesos nuevos o existentes de EIA.

²⁶ Convenio Espoo, artículo 3.7.

²⁷ Presentación al CTEIA, 25 de noviembre de 2003. San José Costa Rica.

²⁸ *Op. cit* en nota 17, artículo 3.

²⁹ Apéndice 1 del Convenio Espoo: Lista de Actividades. Anexo 1 Directiva 97/11/EC que modifica la Directiva 85/337/EEC.

En el Convenio de Espoo, la notificación de las actividades es, no solo de aquellos impactos transfronterizos significativos, pero también de proyectos que puedan tener un bajo impacto.³⁰ El umbral se establece por medio del listado de actividades contenido en el Apéndice I, que puede ser aumentado por medio de acuerdos entre los Estados parte. El nivel de participación requerida será determinado por el país afectado (ya sea tomar parte en el proceso de EIA o solicitar solamente que se le mantenga informado de los resultados del proceso). Si el país de origen no brinda la información requerida, la parte afectada puede solicitar el intercambio de información para determinar la significancia de los impactos.

La notificación tiene una serie de características que deben ser tenidas en cuenta: primero que todo, es obligatoria, y segundo debe ser formal, aunque pueda ser precedida por contactos informales. Esta información debe ser enviada “lo antes posible y a más tardar cuando haya informado a su propio público acerca de dicha actividad propuesta”.³¹ Asimismo debe existir la notificación a todos los interesados, por ejemplo a las instituciones estatales pertinentes, puntos focales, sociedad civil y ONG, IFI.³²

El Convenio no establece plazos de respuesta a la notificación, comentarios o adhesión al proceso de EIA o simplemente respecto a mantener informado al Estado de los resultados. Sin embargo, existen ciertas reglas que deben acatarse. Por ejemplo que todos los plazos deben acordarse con anterioridad y ser tiempos reales (deben de poder cumplirse en el tiempo establecido) y legalmente aceptados (congruentes con la legislación nacional).

Estos elementos en la fase de notificación deben ser correctamente ponderados antes de ser aplicados a la región centroamericana, que presenta ciertas diferencias culturales, geográficas y políticas con los Estados miembros de la UE y los Estados parte de la UNECE.

Con el objeto de identificar el primer paso a dar en el proceso de notificación, el estado de origen de la actividad debe informar a los posibles estados afectados que una actividad será sometida a EIA para su aprobación. Debe también designarse un punto focal dentro del Estado de origen para notificársele (Ministerio de ambiente, o de relaciones exteriores, o las oficinas de EIA).

Una vez que se designa el punto focal, el proceso iniciará con una notificación formal, seguida de reuniones informales o intercambio de información para lograr la transparencia. La cooperación en el intercambio de información es esencial. Una vez que se determine que la actividad pueda o no tener impactos significativos en el o los Estados vecinos, debe de notificarse a los puntos focales como se establece anteriormente, pero también a otros interesados como la sociedad civil.

Posterior a la notificación, el Estado de origen designará un punto de enlace para recibir comentarios e información referente a la actividad. Se sugiere que este plazo sea acordado caso por

³⁰ *Op. cit* en nota 16, página 15.

³¹ Convenio de Espoo, artículo 3.1.

³² *Idem*, artículos 3.8 y 4.2:

3.8: “Las Partes interesadas velarán por que el público de la Parte afectada en las zonas que podrían verse afectadas reciba información sobre la actividad propuesta y tenga oportunidad de formular observaciones o plantear objeciones con respecto a la actividad propuesta y de transmitir estas observaciones y objeciones a la autoridad competente de la Parte de origen, bien sea directamente a la propia autoridad o, cuando proceda, por intermedio de la Parte de origen.”

4.2: “(...)Las Partes interesadas deberán organizar la distribución de la documentación a las autoridades y al público de la Parte afectada en las zonas susceptibles de ser afectadas, así como el envío de observaciones a la autoridad competente de la Parte de origen, (...)”

caso o determinado en un Acuerdo de plazos, tomando en cuenta las diferencias de plazos en los procesos de EIA nacionales, carga de trabajo de esas entidades y la falta de personal para atender tales requerimientos, todos ellos problemas reales en la región.

3. Participación pública

Por Participación Pública se entiende “todo proceso que involucra a la sociedad en la creación de propuestas, solución de problemas y en la toma de decisiones. Se considera de vital importancia la inclusión de los grupos de interés, es decir, grupos de personas u organizaciones quienes serían lesionadas por los efectos o consecuencias de las decisiones de un proceso”.³³ Este proceso debe incluir tanto el derecho a ser escuchado como el derecho a tener respuesta de la administración.³⁴ Existen diversos mecanismos para que la participación pública se haga efectiva dentro del proceso de EIA, entre ellos audiencias públicas, encuestas, reuniones.

La etapa de participación pública para el EIA dentro de un contexto transfronterizo se ha presentado en algunos casos cuando el desarrollador ha preparado y enviado el material y la información acerca de la actividad a la oficina respectiva de EIA.

El mecanismo que se utiliza es el de las consultas que se llevarán a cabo entre el Estado de origen y los estados potencialmente afectados, donde igualmente los plazos deben ser definidos. En esta etapa los estados involucrados discuten acerca de las alternativas de la actividad propuesta, monitoreo, medidas de mitigación y otros asuntos.³⁵

Las consultas se deben conducir a través de una entidad existente,³⁶ o por ejemplo a través de reuniones de expertos, reuniones virtuales, intercambio de correo electrónico o cartas oficiales y reuniones oficiales.³⁷

En el Convenio de Espoo se establecen una serie de obligaciones concernientes a la participación del público, proveyendo una oportunidad de tomar parte en el proceso de EIA así como el derecho a ser informado y el derecho a opinar. Esto incluye a los interesados tanto del país de origen de la actividad como a los interesados del país afectado.

El Convenio reconoce que la legislación nacional y las prácticas varían de país en país. Por ello, sugiere una serie de actividades que se deben seguir tales como consultar a diversas autoridades, especialistas, IFI y ONG en ambos lados de la frontera. Las Partes interesadas deben asegurarse de informar al público y de proveer espacios para comentarios, que estos comentarios sean enviados a la autoridad competente³⁸ y, de ser apropiados, que sean tenidos en cuenta.

El Convenio de Espoo tiene relación con el Convenio de Aarhus³⁹ especialmente en lo relativo al principio de no discriminación en cuestiones de participación pública en un contexto transfron-

³³ Aguilar Rojas, G. *et al.* Manual de Participación Pública. UICN/CCAD, San José, 2004.

³⁴ Aguilar Rojas, G., Participación Pública y Evaluación de Impacto Ambiental en Centroamérica. Revista EIA, La serie, Tomo 5. Desarrollo Económico y EIA, UICN/CCAD, San José, 2003.

³⁵ *Idem*, artículo 5.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Op. cit* en nota 16, página 25.

³⁸ Convenio de Espoo, artículos 3.8, 4.2.

³⁹ *Op. cit* en nota 21.

terizo. Así, la información proporcionada a la sociedad civil del país de origen y del país afectado deben ser las mismas.⁴⁰

Los países de Centroamérica cuentan con regulaciones de participación pública en EIA. Las autoridades ambientales han decidido promover la participación pública en la EIA transfronteriza.⁴¹ Para lograr este consenso será necesario establecer un mecanismo entre los países lo suficientemente flexible. Por ejemplo se ha discutido la necesidad de elaborar un plan de participación pública que considere los elementos, objetivos, actores así como los plazos, limitaciones financieras y los mecanismos idóneos para determinado caso.

La región se encuentra en un proceso de revisión de los elementos de la participación pública dentro del proceso de EIA. Una serie de talleres nacionales se llevaron a cabo para determinar las debilidades y fortalezas de los mecanismos de participación pública vigente. Estos talleres culminaron con la elaboración de un manual de participación pública destinado a contribuir a la realización de procesos de consulta transparentes.

4. Instrumentos de control y seguimiento

Para demostrar la efectividad del instrumento de EIA una serie de mecanismos y procedimientos deben aplicarse con el objeto de determinar que la actividad no vaya a tener impactos mas allá de los identificados inicialmente por medio de la EIA. En el Convenio de Espoo el análisis *a posteriori* consiste en el monitoreo de la actividad.

La región debe identificar como implementar estos instrumentos. Se ha sugerido que se lleve una bitácora ambiental, que se nombre a un regente ambiental de la actividad productiva o que se realicen informes ambientales periódicos, todo ello con el fin de simplificar el proceso de monitoreo.⁴² Otros instrumentos de control son las garantías ambientales, seguros ambientales y mecanismos de auditorías ambientales. Lo importante es llegar a un consenso en la región para seleccionar un mecanismo compatible con la legislación nacional, pero que también se ajuste a la situación y necesidades de la región en su conjunto para lograr así un proceso de monitoreo de impactos transfronterizos.

5. Sistemas de información ambiental

Un instrumento que debe de tomarse en cuenta en un acuerdo de EIA transfronterizo es un sistema de información ambiental para facilitar la identificación de áreas ambientalmente frágiles en cada país. Este tema debe ser objeto de un acuerdo regional e integral.

La identificación de áreas ambientalmente frágiles contribuye al proceso de toma de decisiones a través de mapas y otra información pertinente para ayudar en las etapas iniciales del proceso de EIA así como en la etapa de monitoreo.

En Centroamérica la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo por medio de su proyecto Corredor Biológico Mesoamericano pretende apoyar el proceso del CTEIA desarrollando

⁴⁰ Analysis of the Links between the Aarhus Convention and other UNECE Environmental Conventions and Protocols. MP.PP/2002/19; CEP/2002.

⁴¹ Manual sobre Participación Pública. UICN/CCAD, 2004, página 13.

⁴² Astorga, A. Manual Técnico de EIA. Lineamientos Generales para Centroamérica. UICN/ORMA, Costa Rica, 2003.

y complementando el trabajo relativo a áreas frágiles con los criterios y herramientas para el manejo de corredores en la toma de decisiones de EIA.⁴³

6. Solución de controversias

Las diferencias todavía existentes entre los sistemas de evaluación ambiental en la región llevan a analizar la conveniencia de establecer mecanismos de solución de controversias. Lo más adecuado es contar con un proceso de solución de controversias previamente acordado de manera tal de no afectar la cooperación e integración entre los países.

El Convenio de Espoo se refiere a la solución de controversias pero de una manera general. Sugiere que los estados involucrados las solucionen por algún método acordado, que acepten el arbitraje o que lo eleven a la Corte Internacional de Justicia.⁴⁴

Existen varios métodos que se pueden utilizar en la región centroamericana. Por ejemplo, los estados pueden acceder a las cortes judiciales en el país de origen de la actividad. Asimismo pueden solucionar el conflicto por vía diplomática, por medio de una comisión ad-hoc, o a través de diversos mecanismos alternativos (mediación, conciliación, arbitraje). Lo importante es determinar una manera específica y expedita para evitar conflictos prolongados y la posible disrupción de la cooperación entre estados.

7. Evaluación ambiental estratégica

La evaluación ambiental estratégica (EAE) es un instrumento de política ambiental tendiente a la evaluación de los posibles impactos significativos de ciertas políticas, planes, programas y de la legislación. Al igual que la EIA, dicho instrumento debe ser aplicado en las etapas preliminares de las mencionadas actividades con el objeto de evaluar sus impactos significativos.⁴⁵

La Directiva 2001/42/EC⁴⁶ toma en cuenta los impactos transfronterizos que ciertos planes y programas puedan tener en el ambiente. Reafirma el principio de consulta con otros estados miembros en el caso de posibles impactos en la jurisdicción de otros países, y en la necesidad de un marco legal apropiado para enfrentar los retos. La Directiva establece, con respecto a impactos transfronterizos, una serie de parámetros que los estados miembros de la UE deben considerar.

Otro instrumento relevante es el Protocolo de EAE al Convenio de Espoo. Este Protocolo se refiere a los procedimientos, mecanismos e instrumentos de la EAE, a ser implementados por los Estados parte del Convenio de Espoo. Se establece un listado taxativo así como criterios para determinar impactos ambientales y en la salud, y hace referencia también, a la participación pública y el acceso a la información.

⁴³ Urquijo, MV. Corredores Biológicos en los Sistemas de EIA. Presentación en la reunión del CTEIA, Guatemala, 2 de octubre de 2003.

⁴⁴ Convenio de Espoo, artículo 15.

⁴⁵ El CDB sugiere a los Estados a que tomen en consideración las consecuencias ambientales de políticas y programas que puedan tener un impacto significativo en el ambiente (Artículo 14.1). Una serie de directrices se establecieron con el fin de incorporar el componente de biodiversidad a los procesos de EAE, tomando en cuenta el enfoque ecosistémico.

⁴⁶ *Op. cit* en nota 36, página 30.

En materia de impactos transfronterizos,⁴⁷ se refiere al principio de notificación y a los elementos que deben contener las notificaciones. De acuerdo con el protocolo, se debe notificar a los estados que puedan estar afectados por un plan, programa o política implementada en el estado de origen. El estado potencialmente afectado deberá indicar si desea participar en la evaluación o solamente mantenerse informado antes de la adopción del plan o política.

La región centroamericana se encuentra en estos momentos en un proceso preliminar de elaboración de instrumentos normativos en materia de EIA a nivel nacional, tal el caso de Costa Rica, Panamá, Guatemala y El Salvador.

Nos arriesgamos a decir que en Centroamérica es todavía prematuro desarrollar la EAE en un contexto transfronterizo ya que la región recién comienza a abordar el tema en el ámbito nacional; no obstante, es importante anotar que la integración de la región en el ámbito económico y político requerirá del uso de la EAE como herramienta de planificación. De igual manera, es importante establecer al menos una lista que identifique los programas, planes o políticas que puedan llegar a ser sometidos a una EAE.

8. Acuerdos bilaterales y multilaterales

El Convenio de Espoo establece que los acuerdos bilaterales y multilaterales deben ser herramientas que permitan la efectiva aplicación del Convenio. Hace referencia a tres tipos de acuerdos: general, que contiene el compromiso de aplicación del Convenio; específico, que contiene lineamientos detallados o recomendaciones para la aplicación del Convenio, usualmente autoridades regionales y nacionales están involucradas; y otros que pueden ser acuerdos ambientales generales entre las partes o apoyo a las aplicaciones de la EIA transfronterizo.⁴⁸

Cuando se elabora un acuerdo transfronterizo en el ámbito regional es importante establecer los aspectos generales del proceso, así como aquellos específicos que puedan abordarse bilateral o multilateralmente entre las partes, para evitar limitar su soberanía.

9. Proyectos conjuntos

El Convenio de Espoo considera los proyectos colectivos que son aquellos localizados en el territorio de dos o más estados y que pueden tener impactos no solo en sus territorios pero también en el de terceros. En este caso las partes decidirán si llevarán a cabo la EIA de manera individual o colectiva, o bien decidir cuales etapas pueden llevarse a cabo de manera conjunta. También es importante especificar los pasos del proceso, que pueden ser determinados mediante acuerdos bilaterales o multilaterales.⁴⁹ La Guía de Aplicación⁵⁰ sugiere que la mejor manera de iniciar una EIA colectiva es a través de una reunión preliminar para establecer los mecanismos de notificación y consulta, por ejemplo, a través de un grupo conjunto designado para reunirse y como ente coordinador.

⁴⁷ Borrador del Protocolo de EAE, artículo 10.

⁴⁸ En la Guía de Aplicación Práctica del Convenio Espoo se sugiere que estos acuerdos incluyan: Ámbito de aplicación, criterio para la significancia de impactos, puntos focales, Notificación, Provisión de información y publicidad, mecanismos de participación pública, Consulta (otras partes), toma de decisiones, monitoreo, solución de controversias.

⁴⁹ *Idem*, página 28.

⁵⁰ *Idem*, página 29.

V. Convenio o acuerdo – ¿nuevo instrumento o adhesión a uno existente?

La pregunta consiste en determinar si es más conveniente desarrollar un convenio o acuerdo de tipo ministerial, o alternativamente si se debe adherir a un tratado existente. Ciertos elementos, como por ejemplo las políticas ambientales promovidas por la CCAD en la región, juegan un importante papel. También es relevante analizar a través de ejemplos, la voluntad política de la región y la importancia de la cooperación internacional y asistencia técnica para la implementación y promoción de políticas de desarrollo sostenible.

El grado de obligatoriedad es un aspecto relevante de la discusión en Centroamérica. Existen acuerdos políticos no vinculantes (Acuerdos de las Cumbres de Presidentes, Acuerdos de Ministros de Ambiente) que dan una importante base para realizar acciones en el ámbito nacional, pero también existen Convenios Regionales que han sido ratificados por los Parlamentos de los países y que tienen la característica de ser vinculantes entre los Estados. En el segundo caso la práctica ha sido que este tipo de convenios se han redactado de tal forma que obedecen más a postulados declarativos, por lo cuál los países requieren de crear su propia legislación nacional para hacerlos efectivos. Será necesario profundizar en la necesidad de que tipo de instrumento es el más conveniente atendiendo a la realidad política y económica de la región.

El asunto crucial consiste entonces en determinar si se debe proceder a elaborar un acuerdo de corte ministerial, negociado en el marco de la CCAD, o un convenio o tratado regional, a ser adoptado y ratificado por todos los estados de la región. Esto es una decisión política y de carácter altamente complejo. A nivel técnico se pueden discutir los elementos que deba contener, pero es a nivel político que debe decidirse el tipo de instrumento que plasme el acuerdo sobre EIA transfronteriza en términos generales.

Ya se ha establecido claramente la necesidad de un instrumento regional en la materia. Si debe ser un acuerdo o convenio, esto deberá ser definido por la región en su conjunto, considerando las ventajas y desventajas que cada tipo de instrumento para determinar la naturaleza del mismo. El CTEIA ha contado con asistencia técnica⁵¹ durante sus reuniones para aclarar estas ventajas y desventajas, mismas que se mencionan a continuación:

Acuerdo Ministerial

- Fácil elaboración;
- Fácil adopción;
- Carencia de obligatoriedad;
- Inexistencia de un mecanismo de control de aplicación.

Acuerdo Bilateral o Multilateral

- Efecto vinculante;
- Estándares mínimos para ciertas actividades;

⁵¹ Dr. Alejandro O. Iza. UICN, Centro de Derecho Ambiental. “Regulación de Impactos Transfronterizos: una obligación internacional” Guatemala, enero de 2003; “Listas Taxativas en la EIA Transfronteriza” Costa Rica, noviembre de 2003.

- Complejidad para su negociación;
- Dificultad de compatibilización con otros acuerdos similares;
- Complejidad del proceso de enmienda.

Acuerdo Regional

- Efecto vinculante;
- Dificultad para su negociación;
- Establece estándares mínimos y comunes a varios países;
- Promueve la armonización de leyes nacionales;
- Promueve la cohesión regional;
- Complejidad del proceso de enmienda.

1. Aspectos ambientales, culturales, económicos y políticos

Para poder comprender la situación regional es importante destacar que los gobiernos de los siete países son democráticos y comparten agendas con el fin de mejorar sus economías a nivel nacional y regional. Ciertos asuntos económicos, políticos y ambientales son enfrentados en manera conjunta para avanzar en el proceso de integración regional.

Asimismo cabe mencionar que Centroamérica cuenta con el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA). El SICA es un órgano político regional encargado de coordinar, facilitar y promover procesos graduales de integración mediante la adopción de políticas y estrategias comunes junto con actores, gobiernos, ONG, tomadores de decisiones a favor del pueblo centroamericano, tomando en cuenta entre otros asuntos sociales, turísticos, de educación, económicos y ambientales.⁵²

También es importante señalar que los gobiernos cambian en términos de sus funcionarios y políticas, pero también ideológicamente. Esto debe tomarse en consideración para explicar de alguna manera la lenta implementación de las políticas aprobadas en la región. Por ello creemos que debería favorecerse un instrumento legalmente vinculante que recepte los elementos de la EIA.

La armonización de políticas, legislación y prácticas en la región, así como el establecimiento de estándares mínimos, ha generado esfuerzos hacia la creación, aprobación e implementación de políticas ambientales a través de la CCAD.⁵³ Los ministros del ambiente han adoptado estas políticas a nivel nacional, logrando comprobar que la región avanza en diversas materias, incluyendo el caso que nos interesa, es decir, la EIA.

⁵² [Http://www.sgsica.org](http://www.sgsica.org).

⁵³ Trabaja implementando el Plan Ambiental de la Región Centroamericana (PARCA).

2. Políticas ambientales en la región

La región centroamericana ha venido trabajando su agenda ambiental por medio de la CCAD, que sigue los lineamientos del Plan Ambiental de la Región Centroamericana (PARCA). El PARCA es el plan estratégico que se centra en temas de bosques, biodiversidad, producción más limpia y gestión ambiental para promover e implementar los mandatos técnicos y operacionales de CCAD. Este Plan pone de relieve la necesidad de armonizar los enfoques, las políticas y los instrumentos de la gestión ambiental en Centroamérica.

El consenso ambiental en la región se ve reflejado también en el Plan de Acción Regional de EIA. El 4 de Julio de 2002, los Ministros de Ambiente aprueban durante el Consejo de Ministros⁵⁴ un Plan de Acción para enfrentar los retos que la región enfrenta en materia de EIA: evaluación ambiental estratégica, participación pública, actualización de la legislación, entre otros. Una de las prioridades identificadas fue la aprobación de un convenio de EIA en un contexto transfronterizo, tomando en cuenta los antecedentes políticos, económicos, sociales, culturales e históricos de la región.⁵⁵

3. Voluntad política, asistencia técnica y cooperación internacional

El Comité Técnico de EIA (CTEIA) se halla compuesto por las 7 autoridades nacionales del istmo centroamericano. Este grupo técnico de la CCAD se ha venido reuniendo en diversas ocasiones a partir de 2001 y ha evidenciado la cooperación y voluntad política de los países en materia de evaluación del impacto ambiental. El Comité ha logrado resultados importantes que visualizan la coordinación política y técnica con el fin de promover la aplicación de la EIA en el ámbito nacional y regional.

Otro ejemplo de voluntad política en la región es la aprobación de nueva legislación de EIA, así como los resultados del proyecto titulado “Fortalecimiento de las EIA en Centroamérica”.⁵⁶ Muchos de los logros de este proyecto no hubieran sido realidad sino es por el apoyo de los gobiernos. Por ende la región ha demostrado su habilidad y su disponibilidad para trabajar en la implementación de políticas en materia de EIA y, específicamente, hacia el desarrollo y la implementación de un instrumento de gestión ambiental, con el apoyo de la CCAD, CTEIA, UICN, así como otros organismos técnicos internacionales.⁵⁷

⁵⁴ Lo conforman los Ministros de Ambiente de Centroamérica, bajo la CCAD.

⁵⁵ “Como parte de las discusiones que se dieron alrededor de la Estrategia Regional, las autoridades de EIA de la región sugirieron que se incluyera en ella la elaboración, puesta en marcha y seguimiento de un Convenio Regional sobre Impactos Transfronterizos. Debido a la importancia que este tipo de convenio tiene dentro del contexto del desarrollo económico futuro de la región, el mismo adquiere una relevancia especial y por eso considera como uno de los primeros puntos de la agenda del Comité Técnico.” Plan de Acción Centroamericano de EIA. Base para el Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, setiembre de 2002, página 43).

⁵⁶ UICN/ORMA, CCAD y el Ministerio de Cooperación de los Países Bajos, 2001-2004.

⁵⁷ Dr. Alejandro O. Iza. UICN, Centro de Derecho Ambiental. “Regulación de Impactos Transfronterizos: una obligación internacional” Guatemala, enero de 2003; “Listas Taxativas en la EIA Transfronteriza” Costa Rica, noviembre de 2003.

VI. Consideraciones finales

Centroamérica se encuentra evolucionando hacia un más eficiente y armonizado sistema de EIA. Este sistema contiene ciertos elementos, entre los cuales figura la necesidad de regular los impactos transfronterizos. Debido a la geografía de la región, varios de sus recursos naturales son compartidos, de allí que las actividades que se realicen en ellos puedan surtir un impacto significativo en otros estados. Por ejemplo, el 37% del territorio centroamericano está conformado por cuencas compartidas (un total de 23 cuencas), y existen 13 ríos limítrofes donde la soberanía de las aguas es compartida en la mayoría de los casos.⁵⁸

Los Ministros de Ambiente han acordado la necesidad de establecer un instrumento que considere los impactos transfronterizos, especialmente en lo relativo a la regulación de nuevos retos que enfrenta la región tales como los tratados de libre comercio y el Plan Puebla Panamá.

En este trabajo fueron analizados varios instrumentos internacionales relacionados con la regulación de impactos transfronterizos, entre otros, el Convenio de Espoo, las Directivas comunitarias y el Convenio sobre la Diversidad Biológica.

Se considera que la región debe contar con un instrumento propio, basado en su realidad y no un modelo foráneo al cual se sume, como por ejemplo sería el caso de la adhesión al Convenio de Espoo.

Las razones que motivan esta afirmación son las siguientes:

- Diferencias culturales de los países mesoamericanos con los estados parte del Convenio de Espoo;
- Diferencias ambientales, que generan impactos en ecosistemas distintos;
- Diferencias de tipo económico, ya que Centroamérica es una región de países en vías de desarrollo, mientras que la gran parte de los miembros del Convenio de Espoo son países desarrollados o economías en transición, capaces de implementar directivas y lograr resultados que serían de difícil alcance en la región debido a su realidad económica;
- La voluntad política de los países en la región varía a tenor del cambio constante de gobiernos y de autoridades políticas;
- Centroamérica no ha participado en las negociaciones del Convenio de Espoo o en su protocolo sobre EAE, y por ello estos instrumentos no reflejan necesariamente las prioridades específicas de la región ni de los países que la integran;
- El desarrollo del sistema de EIA así como el enfoque transfronterizo en la región ha sido distinto al de los estados parte del Convenio de Espoo y otros instrumentos regionales, de corte netamente europeo.

El instrumento centroamericano debe hacer frente a una serie de elementos clave explicados precedentemente:

- En la evaluación ambiental inicial, el listado taxativo debe ser elaborado de manera tal que las actividades que definitivamente tendrán impacto en el ambiente sean evaluadas;

⁵⁸ Cuencas Internacionales: Conflictos y Cooperación en Centroamérica. Cuaderno de Trabajo 2: Las fronteras en Centroamérica. Funpadem, Fundación Ford, 2000.

- El proceso de notificación debe ser visto no solo desde la perspectiva de informar a un país potencialmente afectado, sino también desde la perspectiva de la sociedad civil y otras partes interesadas en los estados posiblemente afectados. Debe tomarse en cuenta a sector gobierno en general, ONG y al público en general;
- La etapa de consulta debe ser más que un procedimiento; debe incluir plazos reales;
- Se debe asegurar la participación pública de todos los estados involucrados y se deben identificar los elementos principales que posibiliten este tipo de procedimiento;
- Debe existir un sistema de información eficiente para que las autoridades en materia de EIA identifiquen efectivamente las áreas ambientalmente frágiles de los países vecinos;
- Debe adoptarse un mecanismo de solución de controversias para aquellas diferencias que surjan en materia de interpretación de la legislación de cada país o en materia de interpretación de una normativa armonizada regionalmente;
- Deben mencionarse los proyectos conjuntos y el mecanismo para abordarlos;
- la región daría un gran paso si considerara, al menos, la inclusión de algunos elementos de la EAE en un contexto transfronterizo;
- Debería crearse un espacio para que por medio de acuerdos bilaterales y multilaterales se pueda especificar el acuerdo regional sobre impactos transfronterizos;
- El acuerdo sobre impactos transfronterizos es una oportunidad importante para acordar la definición de términos y, con ello, armonizar la utilización y aplicación de institutos jurídicos en la región.

En síntesis, la región centroamericana requiere un instrumento políticamente sólido que acompañe el proceso de armonización de las EIA, especialmente frente a los cambios de gobiernos de los países. Dicho instrumento debe ser objeto de discusión a varios niveles, mediante un proceso participativo y que cuente con la asistencia de organizaciones internacionales con experiencia en la materia. Con estos prerequisites y la voluntad política de los gobiernos de la región, Centroamérica podría lograr un instrumento que constituya un paso adelante hacia el fortalecimiento del sistema de EIA y de la integración centroamericana.

Bibliografía

Documentos

- Aguilar Rojas, G., Participación Pública y Evaluación de Impacto Ambiental en Centroamérica. Revista EIA, La serie, Tomo 5. Desarrollo Económico y EIA, UICN/CCAD, San José, 2003.
- Aguilar Rojas, G. et al. Manual de Participación Pública. UICN/CCAD, NCEIA. 2004.
- Analysis of the Links Between the Aarhus Convention and Other UNECE Environmental Conventions and Protocols. MP.PP/2002/19; CEP/2002.
- Astorga, A. Manual Técnico de EIA. Lineamientos generales para Centroamérica. UICN/ORMA, Costa Rica, 2003.
- Base para el Fortalecimiento y Modernización del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. UICN/CCAD, setiembre de 2002.
- Birnie and Boyle. International Law and the Environment. Second Edition, Oxford University Press, 2002.
- Centroamérica en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible. Nuestro Compromiso Ambiental. CCAD, San José, Costa Rica, 2002.
- Corredor Biológico Mesoamericano, (rla/97/g31). PNUD, Global Environment Facility, Mayo 18, 1999.
- Cuencas Internacionales: Conflictos y Cooperación en Centroamérica. Cuaderno de Trabajo 2: Las fronteras en Centroamérica. Funpadem, Fundación Ford, 2000.
- Documento de Proyecto EIA, CCAD, UICN: Establecimiento de un programa para la consolidación del Plan de Acción Regional, junio de 2002.
- Evaluación Ambiental Estratégica. Economic Commission For Europe Committee On Environmental Policy. CEP/2000/3, 17 July 2000.
- Evaluación Ambiental Estratégica. UICN/ CCAD, NCEIA, 2002.
- Guía en la Aplicación Práctica del Convenio Espoo, Finlandia, Suecia, Holanda. Instituto Finlandés de Ambiente (SYKE), Finlandia, 2003.
- Interlinkages Between UNECE Multilateral Environmental Agreements. Economic Commission For Europe Committee On Environmental Policy, CEP/2001/7, 10 July 2001.
- Minutas de las Reuniones del Comité Técnico de EIA: Abril 2002 – Managua, Nicaragua, octubre 2002 – San José, Costa Rica, enero 2003 – Antigua, Guatemala, octubre 2003 – Antigua, Guatemala, noviembre 2003 – San José, Costa Rica.
- Memorando de Entendimiento para la coordinación de la Iniciativa Mesoamericana de Desarrollo Sostenible (IMDS) del Plan Puebla-Panamá.
- Partidário, Maria Rosario. Strategic Environmental Assessment (SEA) current practices, future demands and capacity-building IAIA (International Association for Impact Assessment) Training Course. Portugal, Lisbon, 2003.

Proceedings of International Workshop on Public Participation and Health Aspects in Strategic Environmental Assessment Convened to support the development of the UN/ECE Protocol on Strategic Environmental Assessment to the Espoo Convention.

Proyecto “Fortalecimiento de las Evaluaciones de Impacto Ambiental en Centroamérica” CCAD, UICN/ ORMA y el Ministerio de Cooperación de los Países Bajos, marzo 2001-Enero 2004. Reportes al Donante y Propuestas de Proyecto.

Publicaciones de las reuniones del CTEIA (CCAD):

- Avanza en Centroamérica, UICN-CCAD. Octubre de 2002.
- Trabajando en Conjunto, UICN-CCAD. Abril de 2002.
- Estrategas de la Evaluación Ambiental, UICN-CCAD. Enero de 2003.

Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Application and Effectiveness of the EIA Directive (Directive 85/337/EEC as amended by Directive 97/11/EC) How successful are the Member States in implementing the EIA Directive, June 2003. (<http://www.eeb.org/activities/Enforcement/main.htm>).

Revista EIA- La Serie:

- Volumen 1: El Estado del Arte, UICN-CCAD. San José, 2002.
- Volumen 2: Los países en Acción, UICN-CCAD. San José, 2002.
- Volumen 3: evaluación Ambiental Estratégica, UICN-CCAD. San José, 2002.
- Volumen 4: Casos Prácticos de EIA, UICN-CCAD. San José, 2002.
- Volumen 5: Desarrollo Económico y EIA, UICN-CCAD. San José, 2003.

Slotweg, Roel; Kolhoff, Arend. A generic approach to integrate biodiversity considerations in screening and scoping for EIA. *Environmental Impact Assessment Review*, March 2003. (www.elsevier.com/locate/eiar).

Convenios, legislación y otros instrumentos

Carta para la Naturaleza, 28 de octubre de 1982.

Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas, Ramsar 1971. Ramsar COP 7 DOC. 19.1; Resolución VII.16 en impacto ambiental.

Convención sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales. Aarhus, 25 de junio de 1998. Economic Commission For Europe, Meeting of the Parties to the Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters (First meeting, Lucca, Italy, 21-23 October 2002)

Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un contexto Transfronterizo, Espoo, 25 de febrero de 1991.

Convenio sobre la Diversidad Biológica. Río de Janeiro, 5 de junio de 1992. Decisión VI/7, Decisión V/18, Recomendación IV/6 (SBSTTA).

Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 1972.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 16 de junio de 1992.

Directiva 2001/42/EC de 5 de junio de 2001 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Publicado en el Diario Oficial L197 de 21 de julio de 2001.

Directiva 2003/35/EC de 26 de mayo de 2003 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo.

Directiva del Consejo 97/11/EC de 3 de marzo de 1997 por la que se modifica la Directiva 85/337/EEC relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

Guatemala. Reglamento de Evaluación, Control y Seguimiento Ambiental. Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales. Acuerdo Gubernativo 23-2003, Guatemala, 27 de enero de 2003.

Sitios Web

europa.eu.int/comm/environment/eia/

www.biomeso.net

www.ccad.ws

www.eia.nl

www.eia-centroamerica.org

www.iadb.org/ppp

www.mbrs.org.bz

www.sgsica.org

www.unece.org/env/eia

Lista de acrónimos

ALCA	Tratado de Libre Comercio de las Américas
CAFTA	Tratado de Libre Comercio EE.UU. – Centroamérica
CCAD	Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo
CDB	Convenio sobre la Diversidad Biológica
CIIU	Clasificación Industrial Uniforme de todas las Actividades Económicas
COP	Conferencia de las Partes
CTEIA	Comité Técnico de EIA de la CCAD
EAE	Evaluación Ambiental Estratégica
EC	European Community/Comunidad Europea
EIA	Evaluación de Impacto Ambiental
IFI	Institutos financieros internacionales
NCEIA	Comisión Holandesa de Impacto Ambiental
NGO	Organización No Gubernamental
OEA	Organización de Estado Americanos
PARCA	Plan Ambiental de la Región Centroamericana
PPP	Plan Puebla Panamá
SICA	Sistema de Integración Centroamericano
SIDA	Swedish International Development Cooperation Agency
SIEPAC	Sistema de Interconexión Eléctrica para América Central
UE	Unión Europea
UICN/ ORMA	Unión Mundial para la Naturaleza – Oficina Regional para Mesoamérica
UICN/ PDA	Unión Mundial para la Naturaleza – Programa de Derecho Ambiental

Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea: Perspectives of the Environmental Protection

Dana Zhandayeva

October 2004*

* Data used in this paper is as of 31 May 2004.

I. Introduction

It is worthwhile to start this paper with key and well-known characteristics of the Caspian Sea, a super-region that draws worldwide attention. The Caspian Sea is slightly bigger than the total territory of Germany;¹ holds the third largest oil and gas deposit in the world, thus being called a ‘cradle of the world’s industry’, with investment of more than 100 billion US dollars;² and an area of diverse and unique aquatic and terrestrial flora and fauna. It is also unique in that for a long time not much attention has been paid to it in the international arena since the Soviet Union enjoyed almost full sovereignty over the Caspian, despite sharing it geographically with Iran.

Protection of the Caspian Sea has been ignored throughout the past century, and this can be explained for a number of reasons. The pollution of the Sea has been accumulating since the early 1950s, while the first extraction of oil dates back to 1924.³ Many media sources, if not all, state that the Caspian Sea is under severe stress from industrial pollution, toxic and radioactive wastes, agricultural run-off, sewage, and leaks from oil extraction and refining. In addition, other threats include uncontrolled fishing of caviar-producing sturgeon and over-exploitation of other marine biological resources.⁴ The situation was aggravated by the break-up of a gigantic country into newly independent post-Soviet states during the last decade of the last century. These states were first of all preoccupied by the process of their formation, rather than environmental protection issues. Lastly, these stress factors were sharpened by the (still ongoing) dispute on the legal regime of the Caspian Sea, which is the center of a tug of war among littoral states trying not to miss their part of a huge oil and gas pie. These developments, as Rodman R. Bundy states in his paper, “spawned a host of practical and legal problems”.⁵

Caspian – a lake or a sea – has become a rhetorical question. There are different opinions on this question. Some scholars say that technically it is not a sea, thus not falling under the realm of maritime law. Others argue for the applicability of the definition of a semi-enclosed or enclosed sea in the UNCLOS,⁶ and the rest say that taking into account the size and the peculiar

¹ The large Soviet Encyclopedia states appr. 371,000 sq. km. “Sovetskaja entsiklopedia” publishing house, 1973. The figure 386,400 sq. km is given at <http://www.caspianenvironment.org/caspian.htm>. Germany is 357,021 sq km.

² Symposium: The Caspian Region and the New Great Powers. David L. Goldwyn, *et al.* http://www.mepc.org/public_asp/forums_chcs/22.asp.

³ Note 1. Large Soviet Encyclopedia.

⁴ Generally speaking the Soviet Union’s environmental protection system, particularly of watercourses, is notorious for its negligent approach. The vivid example of it is the devastated Aral Lake.

⁵ R. R. Bundy, “Legal Aspects of Protecting the Environment of the Caspian Sea”, article in RECIEL, Volume 5 Issue 2, 1996, p. 122.

⁶ Radovan Pavic, particularly writing about the definitions of ‘a closed sea’ in the context of ‘interior closed seas’ in the Mediterranean, suggests to employ “geo-strategic and ecological definitions of the closed seas, and not the ones expressed in Articles 122 and 123 of the UN Convention on the Law of the Sea (1982) because it is widely accepted that definitions in the Convention are not satisfactory and not fully acceptable ... From the ecological point of view closed seas (which are very poorly connected with the open sea) are those that can be the most easily polluted, where the problem of pollution lingers for a long time, where pollution is the most difficult to eradicate, where ecological war is the easiest and most convenient to be fought, and where unfavorable biological and economic consequences are the greatest.” p. 21-22 “Geopolitics, international law and ‘interior closed seas’ in the Mediterranean” in the Legal Regime of Enclosed or Semi-Enclosed Seas: the Particular Case of the Mediterranean. Zagreb, 1988.

oceanographic characteristics of the Caspian Sea,⁷ it can be regulated by the provisions of UNCLOS. Analysing the recently adopted Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea (hereinafter referred to as the Framework Convention)⁸ it appears that the coastal states adhere primarily to the rules of maritime law, and to a lesser extent, if at all, to the rules of international watercourse law. The discussion is a complex issue not only with regard to jurisdictional delimitation issues, but also when it comes to those related to the environmental protection of the Caspian Sea.

It seems that the protection of the Caspian environment should stand higher than the issue of determination whether it is a lake or a sea. Yet, two bodies of law may provide different rules in regulating the protection of the environment by littoral states. Nevertheless, both bodies of laws, when it comes to environmental issues, share common ground, and the Caspian Sea, a *sui generis* phenomenon, can be based on a combined approach, taking the best provisions of the law of the sea and of watercourse law.

The purpose of this paper is to analyse the recently adopted Framework Convention, particularly obligations thereunder, and to investigate obstacles, if any exist, which will hinder the Framework Convention's implementation, especially in the absence of a jurisdictional legal regime. The entire Framework Convention cannot be discussed here, but only those of its provisions, which, in the opinion of the author, may present difficulties of implementation. The paper concludes with recommendations regarding to the protection regime in the Caspian Sea basin.

II. Environmental Protection Regime under the Framework Convention

The Framework Convention, as it has been said, is a regional instrument designed by, and open only to, five littoral states sharing the Caspian Sea. It is very general, and leaves the main burden to future Protocols that the Framework Convention prescribes the States to develop. The core of the Convention consists of four main obligations, namely, to prevent, reduce and control pollution of the Caspian Sea, to protect, preserve and restore the environment of the Caspian Sea, not to cause harm to the marine environment of the sea, and to cooperate. In turn, these obligations are hinged on the precautionary principle, 'the polluter pays' principle and the accessibility to information concerning pollution.⁹ The objective of the Framework Convention is to protect the Caspian environment from all sources of pollution, and to protect, preserve, sustainably and rationally use its biological resources. Its scope is the marine environment of the Caspian Sea, taking into account its water level fluctuation and pollution from land-based sources. Whether such a scope is too limited will be considered later in the paper.

Part V of the Convention is dedicated to procedures, prescribing littoral states to cooperate, exchange information, conduct environmental impact assessment, and to carry out on research and monitoring of the environmental conditions of the Sea. The Framework Convention also establishes a Conference of Parties, which, among other functions, is responsible for keeping under review the implementation of the Convention, and a Secretariat, which is the administrative body of the Convention. Finally, the Framework Convention addresses in very broad and general terms

⁷ The salinity of the Caspian Sea and other processes speak of its oceanographic characteristics. Note 1. Large Soviet Encyclopedia.

⁸ The text of this Convention is available at <http://www.caspinfo.ru/library/doc/inter/index.htm>.

⁹ Part II. General Obligations. Article 4. General Obligations of the Framework Convention; Article 5. Principles.

procedures for compliance and liability for damage, simply requiring states to cooperate on the future development of these issues. It does not create a dispute settlement mechanism, but directs Parties to settle disputes by consultation, negotiation or other peaceful means of their choice.

1. The Scope of the Framework Convention and the Basin Management Approach

Article 3 of the Framework Convention, dealing with its scope, states that “this Convention shall be applied to the marine environment of the Caspian Sea, taking into account its water level fluctuations and pollution from land based sources”. At first glance it seems broad, but raises the question of what the marine environment of the Caspian Sea includes. Furthermore, Article 2 of the Framework Convention clearly sets the objective of the Convention as being the protection of the *Caspian environment*, and Article 4 requires the Contracting Parties to protect, preserve and restore the *environment* [emphasis added] of the Caspian Sea.¹⁰

To interpret the definition of ‘environment’ in the Framework Convention, it would be helpful to look at existing definitions, especially those established by expert bodies, or those that have been developed and consented to by the majority of states at a global level. Of particular relevance for this purpose are the draft Helsinki Rules of 2004, which have been profoundly revised by the Water Resources Law Committee of the International Law Association based on the Helsinki Rules on the Use of Waters of International Rivers of 1966.¹¹ According to article 1 of these Rules, they express international law applicable to the management of the waters of international drainage basins and applicable to all waters, as appropriate. Further, the definition of ‘environment’ given in these Rules includes waters, land, air, flora, and fauna that exist in a particular region at a particular time.¹²

The extent of the scope, in this case, of the ‘environment’ of the Caspian Sea in the Framework Convention is essential for the further determination of what the states intend to regulate and protect, and what constitutes environmental harm. From the latter point of view, if it is important to prevent environmental harm and loss of resources or amenities of economic value, it is no less important to prevent harm, and hence to protect, intrinsic natural values, including biological diversity or areas of wilderness. “Studies conducted for UNEP and the ILC both concluded that the ‘environment’ covers at least air, water, soil, flora, fauna, ecosystems, and their interaction, and noted that some agreements also include cultural heritage, landscape, and amenity values”.¹³

It becomes increasingly apparent that the need to protect the integrity of the aquatic environment has become critical. It is in full concordance with the concept of environmental flow,

¹⁰ Article 2 of the Framework Convention sets an objective: “The objective of this Convention is the protection of the Caspian environment from all sources of pollution including the protection, preservation, restoration and sustainable and rational use of the biological resources of the Caspian Sea.” The obligation under Article 4 will be considered further in the paper.

¹¹ These Rules address the obligations of customary international law that govern the management of waters within a State as well as transboundary waters, while not intending to create new law, some rules represent the progressive development of customary international law. Hereinafter referred to as draft Helsinki Rules. Source: <http://www.ila-hq.org/pdf/Water%20Resources/Water%20Resources%20FR%202004Sources.pdf>.

¹² *Id.* Article 1 *Scope*, and Article 3 *Definitions*.

¹³ *International Law & The Environment* by P. Birnie & A. Boyle, second edition, Oxford University Press 2002. p. 122 [Hereinafter Birnie & Boyle].

promoted by IUCN – The World Conservation Union.¹⁴ According to this concept, all aspects of a water body, including rivers and drainage system, must be taken into account.

“Environmental flows form part of an ecosystem approach to integrated water resources management. This means looking at the basin from its headwaters to the estuarine and coastal environments and including its wetlands, floodplains and associated groundwater systems. It also means considering environmental, economic, social and cultural values in relation to the entire system.”¹⁵ “Integrated water resource management is therefore based on the perception of water as an integral part of the ecosystem, a natural resource and a social and economic good, whose quantity and quality determine the nature of its utilization.”¹⁶

While some lawyers may consider that the basin approach prescribed by the international watercourse law¹⁷ would be too radical if applied to the Caspian, it is very important to recognize and accept that the environment of the Caspian Sea embraces its entire basin from the point of view of the hydrologic cycle – its surface waters, its tributaries, bays, and the related ground waters. At first sight, it does not seem to be the approach taken.

However, looking at Article 2 further, one’s attention is drawn to the words “... taking into account its water fluctuations and pollution from land based sources”, which suggests that the drafters of the Convention wanted to prioritise the most important problems currently existing in the Caspian Sea, to wit, oscillation of the sea’s level and sources of land-based pollution. While a preferable approach should have been a more holistic one, the consideration of the land based sources of pollution is a recognition of the necessity to employ the basin approach with regard to the Caspian Sea. The need to do so is corroborated by the facts: grave land based sources of pollution are located along rivers flowing into the sea and a huge portion of pollution comes from its major tributary, the Volga river, the largest river of Europe (playing the principal role in the hydrologic regime of the Sea), and to a no lesser extent from other major rivers (Ural, Terek, Emba, which together with the Volga river make up 88% of the entire river flow into the Caspian).¹⁸ Thus, it is important to consider that the marine environment of the Caspian Sea includes its tributaries. Other factors also require this approach: the Volga river flows to the sea in its northern part, and because of its relatively small volume and depth, the northern part is the most vulnerable hydrologically and, hence, ecologically as well. This factor stands for the inclusion of the Volga river within the scope of the Convention, since the proper prevention and preservation of the Caspian Sea from pollution, and therefore also the conservation of its living resources, is impossible without an integrated program of action for the Volga basin. The above-mentioned factors make it increasingly important to utilize the basin management approach in the implementation of the Convention.

Applying the basin approach means that the Volga-Don waterways, connecting the Caspian Sea with the Black and Baltic Seas should also be covered. It is important for several reasons.

“Recently, hybridisation has occurred between the sturgeon from the Black Sea and those in the Caspian. This phenomenon can be explained due to the connection, which is now

¹⁴ The essentials of environmental flows under Water and Nature Initiative. Edited by M. Dyson *et al.* IUCN, 2003.

¹⁵ *Id.* p. v.

¹⁶ *Id.* p. 79.

¹⁷ To wit, an ecosystem-based approach within basins for sustainable water resources management, an approach suggested by IUCN in its Vision for Water and Nature.

¹⁸ *Supra*, note 1.

possible via the Don-Volga Canal. While the precise effects this hybridisation may have on the Caspian environment are currently hard to evaluate, the potential loss of diversity among the sturgeon species is a cause of serious concern.”¹⁹

Further, as the same source states:

“commercial activity (fishing fleets, passenger, dry goods and other cargo traffic) utilizes the Caspian en route to the Black Sea or the Baltic via the Volga-Don canal system. This combined traffic has a number of possible impacts on the Caspian’s environmental integrity. For example, the Volga-Don connection poses a threat in the form of introduction of exotic species through ballast waters *inter alia*, and stringent measures may be needed to prevent this threat.”²⁰

An environmental regime for the Sea must take all these interrelationships into account.

Based on its unique status, when applying an environmental protection regime to the Caspian Sea, it is important to make sure that its waters are capable to sustain pollution and any other impacts from human activities. The Caspian Sea, being a closed body of water (and the largest lake in the world), must be considered as a shared or common resource, and littoral states as downstream countries. In the course of time the geological behaviour, geographical and ecological characteristics and other factors in the region may change. Eventually the uses or priorities in uses may change too. For instance, before the rise of the sea, which started about twenty or more years ago, the problem was with the decline of water in the Caspian. As a result, the river diversion projects were considered a cause of such a problem. It seems that the Caspian Sea has been recognized as a regional sea.²¹ Among the regional seas frameworks developed by UNEP Regional Seas Programme, the Barcelona Convention, covering the Mediterranean basin, is probably the best example. Its geographical scope is broadened to cover the entire hydrological basin of the Mediterranean Sea.²²

Also, the basin management approach, or integrated water resource management approach, not only implies the cooperation between the five littoral Caspian States, but also cooperation with other states, sharing rivers flowing into the Caspian Sea.²³ However, the Convention is explicitly written only for the five Caspian States. Here it could have been of greater benefit if the Convention

¹⁹ [Http://www.caspianenvironment.org/envissues.htm](http://www.caspianenvironment.org/envissues.htm).

²⁰ *Ibid.*

²¹ Eric Sievers, p. 376 “The Caspian Sea is, for practical if not legal purposes, already recognized as a regional sea.” Further in the footnote: “... UNEP sources and a number of related organizations do so list the Caspian [*as a regional sea*]...”.

²² Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean as revised in Barcelona, Spain, on 10 June 1995. Article 8. Pollution from land-based sources. The Contracting Parties shall take all appropriate measures to prevent, abate, combat and to the fullest possible extent eliminate pollution of the Mediterranean Sea Area and to draw up and implement plans for the reduction and phasing out of substances that are toxic, persistent and liable to bioaccumulate arising from land-based sources. These measures shall apply: (a) to pollution from land-based sources originating within the territories of the Parties, and reaching the sea: – directly from outfalls discharging into the sea or through coastal disposal; – indirectly through rivers, canals or other watercourses, including underground watercourses, or through run-off; (b) to pollution from land-based sources transported by the atmosphere. [Http://www.unep.ch/seas/main/med/medconvii.html](http://www.unep.ch/seas/main/med/medconvii.html).

²³ For instance, Georgia, Turkey, and possibly other states (author’s note).

contained an article on cooperation with non-Contracting Parties on shared watercourses flowing to the Caspian Sea.

The achievement of the ecological integrity of a water basin is supported by the Helsinki Rules, which provide that “a State that includes any portion of an international drainage basin, has a legal right to participate in the management of the water of a river, lake, aquifer, or other surface or underground water source forming a part of the basin.”²⁴ According to the same rules, even if there is no obligation to make either a partial or a comprehensive agreement on a shared body of water, “a principle, which is central to the rights of basin States to participate in agreements relating to their shared waters is that no such agreement can affect the rights of a basin State without the State’s consent.”²⁵ However, whether an arrangement between particular basin states will affect another basin state is a factual question depending on the hydrologic and legal circumstances of the situation.²⁶

There was a case of alleged joint cooperation of states – between Russia and Kazakhstan – on joint management of transboundary rivers, which is an example of complete failure. These states ostensibly concluded an agreement concerning the joint use and protection of transboundary waters (Ural, Ishim, Tobol, Irtysh, and Volga) in 27 August 1992.²⁷ Yet, it is practically impossible to find any information or even the text of this agreement. It is not available in official electronic legal databases nor is it easy to get access to paper sources from the official agencies dealing with water issues. There is no reporting on the work of the joint commission, if such exists, nor is there any information on the implementation of this agreement. In order to avoid such practices, problems should be tackled on the basis of an expanded approach, involving the whole Caspian basin, namely all five littoral states, and possibly, other states sharing transboundary watercourses flowing into it.

2. Obligation to Prevent, Reduce and Control Pollution of the Caspian Sea

As was mentioned earlier, the obligation to prevent, reduce and control pollution of the Caspian Sea is a cornerstone commitment undertaken by littoral states, and the Framework Convention dedicates an entire part to it.²⁸ In Part I. General Provisions, Article 1 of the Framework Convention provides definitions, including a general definition of ‘pollution’, and the definitions of pollution from land-based sources, dumping, environmental emergency and industrial accident.²⁹ The

²⁴ *Supra*, note 11. p. 16.

²⁵ *Id.* p. 17.

²⁶ *Id.*

²⁷ One should take into account that this practice was, probably, an attempt to cooperate on transboundary rivers within the framework of cooperation of UNECE. In addition, this agreement was concluded shortly after the breakup of the Soviet Union, times characterised by economic and social collapse. *Author’s note*.

²⁸ Part III. Prevention, reduction and control of pollution in the Framework Convention.

²⁹ Framework Convention, Article 1: ... “‘Pollution’– the introduction by man, directly or indirectly, of substances or energy into the environment resulting or likely to result in such deleterious effects as harm to living resources and marine life, hazards to human health and hindrance to legitimate uses of the Caspian Sea”.

‘Pollution from land-based sources’ – pollution of the sea from all kinds of point and non-point sources based on land reaching the marine environment, whether water-borne, air-borne or

Framework Convention envisages the protection of the Caspian environment from all sources of pollution existing under marine law, but Contracting Parties need to cooperate and further agree on the detailed regulation of each pollution source through the development of Protocols.

The definition of pollution in the Convention is based on, and almost identical to a definition contained in the UNCLOS III, yet, there is a difference. The Framework Convention's definition omits the 'introduction of substances or energy into estuaries'.³⁰ It makes the reader think that the Convention does not include the pollution from rivers, thus omitting the regulation of pollution carried by watercourses into the sea. On the other hand, looking carefully at this definition, instead of employing a term "marine environment" which is the generally used definition in the Convention, it says "... introduction ... of substances and energy in the environment ...".

The definition of 'pollution from land-based sources' fully covers all possible inputs into the sea, including waterborne, airborne, or directly from the coast. It is rather comprehensive and strong definition. As mentioned earlier, the Framework Convention, through this definition, implicitly recognizes basin management.

In addition, Article 7 of the Framework Convention, which obliges states to cooperate in the development of protocols for the prevention of land-based pollution, includes in its paragraph 3 an obligation for the Contracting Parties to cooperate regarding discharges from watercourses shared by two or more of them likely to cause pollution of the Caspian, and where appropriate, to establish joint bodies responsible for identifying and resolving pollution problems. However, as mentioned earlier, this does not include non-contracting states, which also share such watercourses.

Apart from the obligation of Contracting States to cooperate in the future development of protocols with regard to land-based pollution, the Convention requires states to take appropriate measures to prevent, reduce and control such pollution but does not specify the obligation further. The implementation of the Convention, and the effectiveness of prevention measures will thus likely depend on the success of negotiations and agreement of the parties on common standards and timetables for reduction and elimination of certain pollutants, and complying with licensing

directly from the coast, or as a result of any disposal of pollutants from land to the sea by way of tunnel, pipeline or other means;

'Dumping' – any pollution to the Sea from any deliberate disposal into the marine environment of wastes or other matter from vessels, aircraft, platforms, or other man-made structures in the Caspian Sea or any deliberate disposal of vessels, aircraft, platforms, or other man-made structures in the Caspian Sea;

'Environmental emergency' – a situation that causes damage or poses an imminent threat of pollution or other harm to the marine environment of the Caspian Sea and that result from natural or man-made disasters;

'Industrial accident' – an event resulting from an uncontrolled change in the course of any activity involving harmful and hazardous substances in an industrial installation for example during manufacture, use, storage, handling or disposal or during transportation of such substances.

³⁰ 'Pollution of the marine environment' means the introduction by man, directly or indirectly, of substances or energy into the marine environment, including estuaries, which results or is likely to result in such deleterious effects as harm to living resources and marine life, hazards to human health, hindrance to marine activities, including fishing and other legitimate uses of the sea, impairment of quality for use of sea water and reduction of amenities; <http://www.admiraltylawguide.com/conven/unclostable.html>.

criteria indicated in the Convention. The enforcement of agreed standards will stay entirely under the responsibility of national authorities only, since an independent inspection or prior approval of permits by inter-governmental bodies is not envisaged in the Convention.

The Framework Convention envisages that protocols on land-based pollution sources may provide for the prevention of emissions through, *inter alia*, the application of low-and non-waste technology, while licensing should be based on the promotion of environmentally sound technology. The Contracting Parties must also use 'the best available environmentally sound technology in reducing ... organic inputs' and appropriate measures are to be based on 'best environmental practices'. The Convention does not, however, explain the meaning of these terms, and it may be up to states to come to a common understanding on these important questions. Besides, such technologies and practices, including effective control measures, involve substantial expenditures, for which the Contracting States do not have adequate resources. Funding from international institutions like the World Bank, GEF, EU and others will be a key factor for the implementation of these provisions of the Framework Convention.

Regarding pollution from seabed activities, the Contracting Parties are to take measures for its prevention, control and reduction. However, they are only *encouraged to cooperate* in the development of appropriate protocols in this area. Here an interesting question is raised with regard to operations taking place within the areas under national jurisdiction which may be prescribed by the future Legal Status Convention. These operations are mainly oil and gas exploration and exploitation. The issue of whether the Caspian Sea will have sectors open to all Caspian States is still open, hence what rules will be applicable is still unclear. In the Caspian region this issue is narrowed down to five littoral states. However this does not preclude the presence of ships flying the flags of States other than those of littoral states. In this case it is important that the pollution standards applying to any source of pollution are unified, which would also facilitate enforcement. This shows that the issue of seabed activities, like the issue of pollution from land-based sources, will continue to be handled at the national level at least until the agreement on the legal status of the sea is adopted. It seems imperative for Contracting Parties to agree on the jurisdictional delimitation of the sea first and then only start developing the appropriate protocols with regard to pollution prevention.

Pollution from vessels and dumping is, unlike the types of pollution considered above, subject to (a) global regime(s) based on attainment of international minimum standards by all states. Global treaties on dumping and pollution from vessels do provide for minimum international standards, and these types of pollution are subject to supervision by a global forum, in addition to regional bodies.

In this sense it is important that Article 9 of the Framework Convention, in obliging the Contracting States to take all appropriate measures to prevent, reduce and control the pollution of the Caspian Sea from vessels, requires Contracting States to develop protocols and agreements basing on agreed measures, procedures and standards taking into account relevant international standards.

Nevertheless, Contracting States may face difficulties in developing the protocols and agreements on these issues, since none of the states, except Russia, are Parties to UNCLOS III, and only some of the States are parties to the international treaties pertinent to marine pollution issues. Such a situation poses the question whether these standards are applicable at all in the region.

3. Obligation to Protect, Preserve and Restore the Environment of the Caspian Sea

Section IV of the Framework Convention is dedicated to issues of protection, preservation and restoration of the marine environment. It contains provisions on marine living resources, coastal zone management and the Caspian Sea level fluctuation.

According to Article 14 of the Framework Convention, the Parties “... shall take all appropriate measures on the basis of the best scientific evidence available to: a) develop and increase the potential of living resources for conservation, restoration and *rational use of environmental equilibrium in the course of satisfying human needs in nutrition and meeting social and economic objectives* (emphasis added); b) *maintain or restore populations of marine species at levels that can produce the maximum sustainable yield as qualified by relevant environmental and economic factors* (emphasis added) and taking into consideration relationships among species; ...”³¹ and c) ensure that marine species are not endangered by overexploitation.

The Contracting Parties are also required to conserve biodiversity, including the habitats of rare and endangered species, and vulnerable ecosystems (Article 14, clause (f)). In addition, a provision under another section of the Convention dealing with the obligation to prevent pollution, addresses the prevention of the introduction, and the control of invasive alien species. According to this provision (Article 12), “[T]he Contracting Parties shall take all appropriate measures to prevent the introduction into the Caspian Sea and to control and combat invasive alien species, which *threaten ecosystems, habitats or species* (emphasis added).” This provision echoes Article 8(h) of the 1992 Convention on Biological Diversity.³² The approach taken in the Framework Convention, regarding the protection of living marine resources is limited. The reason is that the protection of the environment of the Caspian Sea, in terms of its living resources, should be based on the ecosystem approach. The latter point of view is supported by the analysis given below.

Public perspectives and law concerning natural living resources have been changing. There is a shift from a tendency to adopt an *ad hoc* approach to wildlife protection via identification of ‘endangered species’, or the adoption of laws concerning exploitation concentrating on the need to maintain catches at sustainable levels, to an approach based on the need to conserve of biological diversity and ecosystems.³³

The 1992 Convention on Biological Diversity defines ‘biological diversity’ as ‘the variability among living organisms from all sources, *inter alia*, terrestrial, marine and other aquatic ecosystems and the ecological complexes of which they are part’ including diversity ‘within species, between species and of ecosystems’ (Article 2). Thus, the conservation of living resources requires an all-encompassing approach including plants, animals, microorganisms, and the non-living elements of the ecosystems on which they depend. The Caspian Sea represents a unique example, with marine species, but also brackish and freshwater species of flora and fauna, as well as being a home-place for migratory species of birds. It is therefore important for the protection, preservation and restoration of the living resources of the Caspian to be based on the basin approach, thus embracing all the variability of the Caspian Sea ecosystem.

Article 14, clause (b) quoted above, requires the maintenance or restoration of populations of marine species at levels that can produce the maximum sustainable yield (MSY) as qualified by relevant environmental and economic factors and taking into consideration relationships among species. “The ‘maximum sustainable yield’ is the greatest harvest that can be taken from a self-regenerating stock of animals year after year while still maintaining the average size of the stock”.³⁴

³¹ There must be an error in the English version (“... and rational use of environmental equilibrium ...”), which may pose misunderstanding among the English-speaking readers. The Russian text does not contain this phrase.

³² The text of the Convention on Biological Diversity can be found at <http://www.biodiv.org/convention/articles.asp>.

³³ Birnie and Boyle p. 551.

³⁴ *Id.*

The MSY is viewed here as one of the *objectives* for achieving the conservation of harvested living resources.

However, implementation of this important obligation presents difficulties, at least until the coastal states agree on the issue of fishing zones or on a unified mechanism that would regulate issues covered by Article 14 of the Framework Convention. Today, in their discussions on an agreement on the legal status of the sea, states have different opinions on the establishment of fishing zones. As Kairat Abuseitov, the Kazakhstani first vice foreign minister stated during the first international forum “The Caspian: Politics, Economy and Business 2004” held in Astana, Kazakhstan at the end of April this year, the maintenance of fishing is an important task, especially for those littoral states where fishing plays an important role in the economy. According to his opinion, the delimitation of the sea may unfairly limit the fishing and damage the economy of these countries. Viktor Kaljuzhny, a special envoy on Caspian issues and a representative of the Russian President, stated that the establishment of fishery zones in the Caspian would seriously damage the biological resources of the sea. Moreover, the division of the sea into fishing sectors will generate the need for additional measures to be adopted, in the face of existing but non-harmonized national laws.³⁵ Meanwhile, fish and caviar extraction volumes decline, putting some marine species on the edge of disappearance.³⁶ States are known for their lack of success in fighting poaching, low quality of equipment and the lack of money to launch national/regional programs, yet they each strive to obtain as much as possible of fishery zones. Thus, neither the “environmental equilibrium in the course of satisfying human needs in nutrition and meeting social and economic objectives”, nor the protection and preservation of marine species envisaged in the Framework Convention can be achieved unless the states come to an agreed and unified action.

In addition, an important tool in achieving the protection, restoration and rational use of living resources (or components of biological diversity) in the Caspian Sea basin is the establishment of protected areas. Unfortunately, at the moment, economic interests in the Caspian Sea basin are dominating over environmental and social objectives. A vivid example of this is the failure to establish a specially protected area in the Northern part of the Caspian Sea by Kazakhstan and Russia.

The provisions on coastal zone management (Article 15) and Caspian Sea level fluctuation (Article 16) do not establish any precise obligations in these fields but, rather, set policy-oriented objectives, which states should strive to achieve.

As a final remark to this section, it should be noted that the objective of preservation, restoration and rational use of marine resources of the Caspian Sea is closely linked to existing obligations to conserve the biological diversity in the Caspian Sea basin. The Caspian States are Parties to international conventions in this field, such as the Convention on Biological Diversity, Ramsar Convention on Wetlands of International Importance, and the Convention on International

³⁵ The collection of articles placed in local mass media concerning the results of the “Caspian: Politics, Economy and Business – 2004” international forum held in the capital of Kazakhstan, Astana, at the end of April 2004 can be found in the Russian language at <http://www.caspinfo.ru/data/2004.HTM/001931.HTM>.

³⁶ The Caspian Environmental Program internet source provides the following: “... These fish species (sturgeon), which are living fossils, are now on the verge of extinction due to reduction of reproduction grounds, over-fishing and water pollution by pesticides, heavy metals and oil products. In recent years, sturgeon landings have decreased dramatically: from 30,000 tons in 1985 to only 5,672 tons in 1995. A quota system, introduced together with a temporary ban on pelagic fishing, does not appear to have been effective in reviving the dwindling fish populations ...” See at: <http://www.caspianenvironment.org/envissues.htm>.

Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES). This fact should not be overlooked when taking measures in the Caspian Sea basin. Obligations taken under the above mentioned international instruments should set the stage for, and be reinforced by, the obligations taken under this Section of the Convention.

4. Obligation not to Cause Harm to the Marine Environment of the Caspian Sea

Another general obligation prescribed for littoral states is the obligation not to cause harm to the marine environment. Thus, Article 4. General Obligations states:

“The Contracting Parties shall: ... (c) use the resources of the Caspian Sea in such a way as not to cause harm to the marine environment; ...”

Today the situation of the Caspian Sea is an illustration of the ‘tragedy of the commons’, with each littoral state trying to use the sea to derive as much benefit as possible from it. While this is happening it is difficult to detect who exactly pollutes the sea, from where, and in what quantities, or who contributes most to the decrease of biological resources stocks. The fact that the waters of the Caspian Sea so far bear the character of a commons requires strict monitoring and control over the uses by each littoral state, or by a single body assigned by all five littoral states. However, at present, in the absence of agreed measures, states do not feel liable for any harm they cause to the Sea basin.

In order to understand the obligation of Article 4(c), one should consider what constitutes harm. In the Framework Convention the meaning of harm can be derived from the definition of pollution, which is defined as the introduction by man of substances or energy into the environment resulting in deleterious effects as harm to living resources, human health, and harm that hinders the legitimate uses of the Sea. It is obviously impossible to prohibit all activities, therefore it is necessary to determine the applicable threshold for harm. This not only assists in solving fundamental questions such as what constitutes ‘harm’, and whether the harm in question is ‘unlawful’, but also whether the related obligation is strict or one of due diligence. In the Framework Convention the question of harm threshold is not clear for several reasons.

The threshold of harm in the Framework Convention, as in the majority of international instruments, is determined by its significance, i.e. whether the activity envisaged causes or is likely to cause significant harm. Such activities are subject to an environmental impact assessment.³⁷ Usually, the laws describing environmental impact assessment contain the list of activities which are to be assessed. States need to add those activities particularly relevant to the Caspian Sea basin into such list. However, the Framework Convention contains restrictions in the sense that the harm in question must be to the ‘marine environment’, while it is not quite clear, as discussed earlier, what is embraced by this term. The second restriction lies in the fact that the cause of the harm must be the use of resources of the Caspian Sea, omitting the fact that the harm can be caused from other uses.³⁸

³⁷ Article 17 of the Framework Convention. Article 13 also envisages that Parties are to carry out environmental impact assessment for hazardous activities, which may cause environmental emergencies.

³⁸ Thus, while this suggests that states should not cause harm through exploiting mineral resources, with which the Sea is abundant, or through exploiting biological resources, it may be concluded that the harm caused, for instance, from a land-source or through the air, or any other way, is not covered by this definition. The law (particularly state practice) suggests that

A classic customary obligation in international environmental law is that a state shall not cause transboundary environmental harm. This is aimed at reconciling conflicting interests of different states sharing one resource. “They do so, in effect, by defining the scope of the rights of the states involved in such a way as to require that rights be exercised in a way that is reasonable *vis-à-vis* other states.”³⁹ This obligation is also applicable to relations arising from the utilization of water. In relation to the Framework Convention, the difficulty is the application of the principle of “good neighbourliness” to situations where there is no delimitation of the Sea into areas under national jurisdiction, and there is no clarity as to whether there will be waters open to and shared by all five littoral states. This question has been circumvented in the Convention by way of prohibiting harm to the entire marine environment of the Caspian Sea. While this is in principle positive, it raises a problem: In case of damage are some or all Caspian states entitled to compensation? Thus, while the formulation of the no-harm rule in the Framework Convention represents a broad understanding, it is not precise enough to fulfil its role, namely to trigger discussion between states concerned e.g. over whether and to what extent harm has occurred. Also, it does not address the question of determining the liability (and possible compensation) if the threshold of harm is reached. These issues need to be addressed in further protocols developed by all five states.

The obligation not to cause harm particularly in a transboundary context paves the way to no less important procedural obligations such as the obligation to consult and discuss the uses of the shared resource by littoral states, and finally to cooperate. In the Framework Convention it is not clear whether states fulfil their obligations by conforming to a particular standard of conduct, or just through achieving a particular result.

5. Obligation to Cooperate

The obligation to cooperate is the cornerstone of the Framework Convention.⁴⁰ It is, probably, the most important aspect in the entire Framework Convention. Indeed, it seems that in the absence of hard and precise rules regarding various uses, placing cooperation among littoral states at the centre of the Framework Convention palliates or at least counterbalances such absence.

Article 18, under the Section ‘Procedures’, describes in detail the obligation of states to cooperate. It contains very important provisions, making cooperation compulsory in „formulating, elaborating and harmonizing rules, standards, recommended practices and procedures consistent with the Convention and with the account of requirements, commonly used in international practice, in order to prevent, reduce and control pollution of and to protect, preserve and restore the marine environment of the Caspian Sea“. States are also obliged to cooperate in the formulation of an Action Plan for the protection of the environment of the Caspian Sea, and to undertake other actions for the achievement of the obligation to cooperate.

The obligation to cooperate in relation to an international body of water is necessary in order to fulfil other obligations. In this sense the obligation to cooperate is an umbrella one, embracing more specific obligations. From that perspective to cooperate is probably required by general international law, however its customary nature has not been proved in the ILC’s codification work, even if this obligation is incorporated in the UN Watercourses Convention and other international treaties. On the one hand, if states fail to cooperate in good faith “through such conduct, as identified

the no-harm rule should be construed broadly so that to take into account harm resulting from activities indirectly affecting a body of water, as well as harm, although not necessarily connected with the use of a watercourse.

³⁹ *Infra*. Note 41. p. 351.

⁴⁰ It is a general obligation listed in Article 4. General Obligations.

by the Lake Lanoux tribunal: unjustified delays, systematic refusals to take into consideration proposals or interests of other riparian states”,⁴¹ it would constitute an independent internationally wrongful act, which would lead to responsibility of the non-cooperating state. On the other hand, it has been doubted by some legal experts that such an obligation exists under international law. Under this opinion it is simply a “kind of label for an entire range of obligations”, as cooperation is a goal, a guideline for conduct, but not a strict legal obligation, which, if violated, would entail international responsibility.⁴² Cooperation is just an obligation of conduct, a due diligence obligation, and in this sense, it is unclear what kind of responsibility it can raise in the Framework Convention in case if a state(s) are found breaching this obligation.

One might consider it too pessimistic to think that states will not cooperate, especially taking into account that today states must indeed be conscious of the necessity to reconcile their conflicting interests by making mutual concessions. Nevertheless, judging by practice, and taking into account the complex political interests in the region, as well as the different levels of developments of states, one becomes far from optimistic about the implementation of cooperation in good faith. Besides, should states fail to cooperate, this may remain unattended as the Framework Convention does not provide for a proper dispute settlement mechanism, simply requiring states to solve any evolving disputes in a peaceful manner by way of consultations and negotiations.

6. Other Procedural Obligations

It is important that all components of the implementation process work well, and that they are transparent and accessible. As is mentioned in earlier sections of the paper, the Contracting Parties are required to exchange appropriate information, and generally make it available among each other. Such process also includes reporting, the results of which are also to be available to the parties either by means of direct exchange or through the administrative body of the Convention, the Secretariat.

In addition to a regular exchange of information among parties, it is also important that such information, including reports on the progress of implementation of the Convention, be open to all interested parties, including the public, and especially non-governmental, non-profit organizations (NGOs), particularly environmental NGOs. Also, the public has a right to take part in the decision-making process regarding various activities in the Caspian basin, particularly with regard to environmental effects.

While some may think that the involvement of NGOs in the environmental regime is a burdensome endeavour, mainly due to their limited capacities in the region, this opinion should not prevail. Here it is necessary to make a clear distinction between the role of NGOs in an environmental regime, and the conditions created in a certain region under certain circumstances for NGOs in order to implement their role.

The role of NGOs, as representatives of the public, in the protection of the Caspian Sea is at least three-fold. First, it represents an additional mechanism to monitor the Convention’s implementation and compliance. Second, through private recourse, NGOs may defend the right to a healthy environment, thus triggering remedial action for injuries inflicted to physical or legal persons and to the environment in general. Third, they provide independent expertise in various

⁴¹ On *Lake Lanoux* arbitration concerning the obligation to cooperate, see Stephen C. McCaffrey, *The Law of International Watercourses, Non-Navigational Uses*. Part IV subsection B. Procedural Obligations p. 402-403. Oxford University Press 2003. [Hereinafter S. C. McCaffrey].

⁴² Here the opinions of members of ILC are cited. *Id.* p. 401.

fields related to the environment since, if not all NGOs, at least part of them do represent or involve specialists and experts both at the national and international levels.

Clause 2 of Article 21 of the Convention on Exchange and Access to Information states: ‘The Contracting Parties shall endeavour to ensure public access to environmental conditions of the Caspian Sea, measures taken or planned to be taken to prevent, control and reduce pollution of the Caspian Sea in accordance with their national legislation and taking into account provisions of existing international agreements concerning public access to environmental information.’

The Convention seems to ensure access of the public to information needed in the implementation process of the Convention; however this impression is delusive. The language of this Article is soft – it requires parties to *endeavour* to ensure public access. Moreover, it requires having access to environmental conditions of the sea but what “environmental conditions” precisely means is unclear. The Article, and the Framework Convention generally, do not mention the procedural rights which are a corollary to the right of access to information, namely public participation in decision-making and access to justice in relation to both the right to be informed and the right to participate. In implementing this article, states should take into account the national legislation and existing international treaties regarding all these procedural rights.

Three out of five Caspian littoral states⁴³ are Parties to the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters (the Aarhus Convention). These states can make recourse to provisions of the Aarhus Convention in interpreting Article 21 of the Framework Convention with regard to definitions such as ‘the public’ ‘environmental information’ etc, and with regard to procedures for access to information, as well as to their obligation under Aarhus to ensure public participation in the decision-making process and access to justice.

Lastly, adopting the Article concerning public access to environmental information, the Contracting States failed to strengthen such important rights of the public as prescribed in the Aarhus Convention, as well as strengthening the democracy in the region.

III. Dispute Settlement and Compliance Mechanism

The tendency to resort to traditional dispute settlement procedures to deal with non-implementation or non-compliance issues has not been very popular among states in the region, and has been gradually declining as being unrealistic or even politically incorrect. That is why it is not surprising that the Framework Convention simply confines littoral states with consultations, negotiations or any other peaceful means of their own choice, should any dispute among them arise concerning the provisions of the Framework Convention.⁴⁴ While this chosen mode must be accepted, some suggestions can be made with regard to the settlement of disputes, which will inevitably arise.

⁴³ Iran is not a member of the UNECE region, thus not a party to the Aarhus Convention, and the author is not aware of the status of its national legislation with regard to the public participation issue. Russia, even though a member of UNECE, did not express interest in this instrument. However, all NIS Caspian states have provisions in their national legislation concerning the rights to the healthy environment and access to certain procedures related to environmental protection.

⁴⁴ The Framework Convention, Article 30 Settlement of Disputes: In case of disputes between Contracting Parties concerning the application or interpretation of the provisions of the present Convention, the Contracting Parties will settle them by consultations, negotiations or by any other peaceful means of their own choice.

One choice is private dispute resolution, a more expeditious means than resorting to cumbersome diplomatic procedures or international judiciary processes. Here the Contracting Parties can employ the principles of equal access and non-discrimination with regard to the effective establishment of private recourse mechanism. It means that “where domestic remedies are already available to deal with international pollution or environmental problems, international or regional law can be used to ensure that the benefits of these remedies and procedures are extended to transboundary claimants.”⁴⁵ Or, as defined by OECD, “equal access and non-discrimination should ensure that any person who has suffered transboundary environmental damage or who is exposed to a significant risk of such damage obtains at least equivalent treatment to that afforded to individuals in the country of origin.”⁴⁶

The private recourse “package”⁴⁷ also finds support, *inter alia*, in the 1997 UN Watercourses Convention, Article 32:

Unless the watercourse States concerned have agreed otherwise for the protection of the interests of persons, natural or juridical, who have suffered or under a serious threat of suffering significant transboundary harm as a result of activities related to international watercourse, a watercourse State shall not discriminate on the basis of nationality or residence or place where the injury occurred, in granting to such persons, in accordance with its legal system, access to judicial or other procedures, or a right to claim compensation or other relief in respect of significant harm caused by such activities carried on in its territory.

as well as in the UNCLOS, Article 235(2):

2. States shall ensure that recourse is available in accordance with their legal systems for prompt and adequate compensation or other relief in respect of damage caused by pollution of the marine environment by natural or juridical persons under their jurisdiction.

The private dispute resolution route is also important in that, when an individual as a private plaintiff (and foreign NGOs and public authorities where possible), has the right to act without the intervention of the government, it will facilitate the development of the human rights approach to environmental issues. In this sense it is backed up by such important procedural obligations of states as the access to information, conduct of environmental assessment, and others.

However, the above said is not without the difficulties when it comes to practice. Many issues are raised that need to be agreed between littoral states. These include questions of standing, the form of liability, who bears the burden of proof, what are the standards of proof, what are the available remedies, choice of law and recognition of judgments, etc. For instance, with regard to the issue of standing that arises in connection with claiming the parties’ responsibility, it should be noted that the Framework Convention relies on the ‘polluter pays’ principle, which suggests that states resort to private law remedies in transboundary environmental litigation. However, the Framework Convention, rather than declaring the ‘polluter pay’ principle, does not prescribe clear procedures with regard to liability and compensation schemes for environmental damage in a transboundary context. Thus the harmonization of rules is needed. Here the civil liability conventions acceded to by states can be of help. The Council of Europe’s Convention on Civil

⁴⁵ Birnie & Boyle p. 269 (2). Equal access and non-discrimination subsection.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Meaning, *inter alia*, non-discrimination, recourse under domestic law, equal rights of access, provision and/or exchange of information as a minimum.

Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, which is the only existing scheme for comprehensive harmonization of environmental liability in Europe, can be of help for Caspian states in further work on developing rules and procedures concerning liability and compensation of damage to the environment of the Caspian Sea. The liability conventions suggest schemes of direct accountability of the polluter in national law as the best means to recover compensation for environmental damage without resorting to interstate claims or the complex and uncertain system of state responsibility. The responsibility of the state arises only when it itself fails in its obligation under the convention, and when this problem cannot be resolved on the private level, the existing means of interstate dispute resolution remains available.

If this happens, there are important factors which can help states to resolve disputes between themselves. Stephan McCaffrey, a distinguished international watercourse lawyer suggests that: “the differences and disputes can often be avoided and resolved on a non-political level through joint technical bodies, and states sharing international watercourses should therefore make provision for the use of such entities.”⁴⁸ This approach has found reflection in Article 33 of the 1997 UN Watercourse Convention, which establishes a staged procedure for the avoidance and resolution of disputes. First, there are provisions in the Convention which suggest the private recourse against the injuring source. Second, Article 33 is designed so that the dispute is solved at the interstate level, where the negotiation first takes place. Should states fail in the latter, the states have a chance to settle the dispute in a non-binding way through a third party or through a joint institution that may be set up. Finally states may agree to submit their dispute to a binding arbitration or the International Court of Justice.

Nevertheless, coming back to the second option, the 1997 UN Watercourse Convention suggests establishing a fact-finding commission, composed of three members, one of whom is to be from a third country. Such an expert body deals with finding facts and investigating a case, thus being empowered by littoral states, after collecting and exchanging data and information concerning the shared resource, either with the authority to resolve the dispute or to make recommendations on how to proceed on the case.

In connection with the latter, it would be useful if states agree to establish a single body, which would deal with fact finding when a dispute between or among states arises, and would be entitled at least to make recommendations on such matters. Such functions could be entrusted to the Conference of the Contracting Parties, established under the Framework Convention. Or, it can decide to establish such a fact-finding body on an *ad hoc* basis should any dispute arise in the future. In fact, such a body would be akin to a standing body (implementation committee) envisaged in the non-compliance procedure (NCP) provided by a number of multilateral environmental agreements. An NCP typically aims less at branding a state party as “defaulting on its obligations”, and at imposing sanctions or providing remedies for past infractions, than at helping the incriminated party come into compliance and protecting the future integrity of the regime against would-be defectors... “Rather than focusing on resorting the rights of the individual party or parties injured, [the NCP] aims at protecting the future integrity of the regime [established under the treaty] by encouraging the non-complying party to return to good standing”.⁴⁹

The Framework Convention does not set a compliance procedure, merely obliging Contracting Parties to cooperate in further developing such procedures. Yet, the Framework Convention envisages a two-level implementation process. Thus, each littoral state must designate a National Authority, whose responsibility is to coordinate the implementation of the Convention in its territory and under its jurisdiction. Then, in a broader scope, the Framework Convention

⁴⁸ S. C. McCaffrey, p. 439.

⁴⁹ Gunther Handl. Compliance Control Mechanisms and International Environmental Obligations. p. 34 and 45. Tulane Journal of International and Comparative Law. Volume 5, 1997.

establishes a Conference of Parties, a body representing littoral states, whose main function is to review the implementation of the Framework Convention, the development, adoption and subsequent implementation of its Protocols, and evaluate the environmental condition of the sea. It can be suggested that Contracting Parties should employ the NCP's elements, *inter alia*, reporting by Parties to a standing body on non-compliance by other Parties, or by Parties themselves about their non-compliance and reasons causing the latter, hence generating discussions on obligations and their implementation, in order to avoid conflicts and frictions among littoral states, provided that such a procedure is open and transparent.

IV. Conclusion

The current environmental status of the Sea and its adjacent territories leaves much to be desired, the ongoing environmental deterioration of the Sea, reported by various sources, allows us to think that the littoral states are currently failing in fulfilling the customarily recognized international environmental obligations that are binding to all states. The inability of coastal states to reach an agreement on the jurisdictional regime of the sea prevents cooperation and creates distrust towards each other, and weak economies, infra-structural problems in newly independent coastal states, and corruption in the whole region, add up to the environmental vulnerability of the area. At the moment, environmental protection of the Sea is unilaterally taken care of by individual states at the national level, and such legislation is not uniform in most of the cases. Since the legal regime of the Caspian Sea is not yet determined, one can fairly say that the legitimacy of any action in the sea, as well as the extent of any national jurisdiction over the Caspian are questionable. Nevertheless, the uses in the *de facto* delimited national sections of the sea (mainly with regard to the seabed and mineral resources exploitation), together with the environmental protection issues are currently regulated by laws of the littoral states.

Notwithstanding these impediments, a first step has been made. The Framework Convention on the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea was signed by Ministers of Azerbaijan, Iran, Kazakhstan, the Russian Federation and Turkmenistan in November 2003.⁵⁰ “This groundbreaking agreement, the first legally binding treaty on any subject to be adopted by the five neighbours, will coordinate regional efforts to reverse the environmental crisis brought about by habitat destruction, pollution and the over-exploitation of fish and other marine life. The Convention will commit its member governments to prevent and reduce pollution, restore the environment, use the Sea's resources in a sustainable and reasonable manner, and cooperate with one another and with international organizations to protect the environment”.⁵¹ The new Framework Convention is undoubtedly a breakthrough in the Caspian issue.

It is a framework document, and its value is in the expression of commitment of states to cooperate on environmental issues. However, a lot remains to be done in the future via the development of protocols, hopefully also on issues not explicitly mentioned in the Convention. Nevertheless the Convention has its weaknesses. Apart from ambiguity in certain of its definitions, many of the Convention's provisions (other than those obliging states to cooperate) are phrased in terms of nuanced obligations, e.g. requiring states to ‘endeavour’ to take measures. On the other hand, a strong point of the Framework Convention, again, by means of cooperation, is that it does offer the framework to negotiate common regional standards and possibilities of regional controls. It is particularly true with the obligation to prevent, reduce and control pollution of the Caspian sea

⁵⁰ The Framework Convention for the Protection of the Marine Environment of the Caspian Sea, both in Russian and English, can be seen at: <http://www.caspinfo.ru/library/doc/inter/index.htm>.

⁵¹ Abstract from press release prepared by UNEP. It can be found at <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=354&ArticleID=4282&l=en>.

from the land-based sources and from dumping, and there is a hope that the straightforward approach of determining the black and grey listing of harmful substances will not be abandoned in favour of 'best available' technology in the region. The situation with pollution from vessels and seabed activities is more complex and requires tackling issues of legislative and enforcement jurisdiction, therefore the jurisdictional delimitation must be a priority for states prior to tackling environmental regulation of these issues. The Convention mentions and in some cases encourages the use of environmentally sound technologies and low- and non-waste technologies. Here the major problem can be the need for substantial expenditure for control measures and installations. Hence funding from GEF, World Bank and other institutions will determine the progress in implementing the objectives, e.g. with regard to land-based sources of pollution.

Speaking of the obligation to take appropriate measures to protect, preserve and restore the environment of the Caspian Sea, an important problem is the restoration of sturgeon fish stocks. Here the difficult task is to reconcile the economic and social objectives in the region with conservation objectives. The first task is to combat corruption, which is rampant among governmental officials, who distort information on stocks in order to get bigger export quotas. Another complex problem is to eradicate the sturgeon mafia ingrained into the Caspian States societies. While this task seems difficult to tackle, a first goal is to agree on action that must be taken. It should include creating incentives and improvement of economic and social conditions of local fishing communities, as well as disseminating appropriate information and educating local population concerning the sustainable use of living resources of the Sea, particularly sturgeon. The littoral states and the public need to stand and fight for a total ban on fishing at least for the coming 3 to 5 years in order to allow fish population to replenish, especially taking into account the fact that the sturgeon take on average 15 years to reach reproductive age. Currently the states are not in the position to introduce a ban on fishing, hence, the question of alternative effective measures of protection and restoration of biological resources remains open.

The Framework Convention does not envisage effective mechanisms for public participation in decision-making and for access to justice. Nevertheless, recently, on the initiative of environmental NGOs in the Caspian region, a non-governmental working group has been created in order to promote public participation in the process of ratification and of development of protocols under the Convention. The public undertakes important functions, such as disseminating information about the Convention and actions taken by their governments to all interested actors and the public at large, lobbying on significant issues in terms of environmental protection, and most importantly, ensuring that the whole process of implementing the Convention is transparent for all. The non-governmental working group advocates the establishment of an interim body, which would carry out the functions of the future Secretariat of the Convention, in order to coordinate activities of the Parties to speed up the process of its ratification. The establishment of such an interim institution is particularly important in facilitating future cooperation.

The Framework Convention envisages a two-level implementation process through a National Authority, responsible for implementation at national level, and a Conference of Parties, responsible for the decision-making under the Convention. However, should any dispute arise, there is no mechanism envisaged in the Convention ensuring the solution of such disputes. The Conference of Parties needs to establish a special body dealing with dispute settlement and fact-finding issues. The availability of adequate mechanisms regarding dispute settlement and non-compliance are, if properly installed, two of the most effective mechanisms of enforcement.

Finally, the negotiation and subsequent conclusion of an environmental treaty raises economic, technical and political difficulties. The adoption of stricter pollution control rules usually means increased costs for industry, hence making states reluctant to accept such rules. In case of the Framework Convention, as it has already been mentioned, a lot will depend on the international community and on assistance from such international organizations like UNEP, UNDP and the World Bank. From that perspective, the success of the Framework Convention will very much depend on the general success and viability of the work done by these organizations. As long as funding for the further development of protocols and other measures necessary for the implemen-

tation of the Convention is ensured by international organizations, the Framework Convention will likely be successful.

Yet, due to certain, mostly political, reasons, its potential will be realized very slowly, taking into account that the process of ratification of the Framework Convention and the ultimate negotiation of its protocols may take an indefinitely long period of time, especially when the legal regime of the sea is unsettled.

Generally speaking, the implementation of the Convention is a difficult question since despite the Framework Convention signature, there is no strong political commitment to environmental protection. The Framework Convention's implementation will depend on the real desire of states to undertake more precise and strong obligations than those envisaged in the Convention. Therefore, pressure by the public and the scientific community on their governments to undertake strong obligations is an important internal factor within states to increase commitments and actions with regards to environmental protection of the Caspian Sea. Currently there is pressure on the government in Kazakhstan from local communities in order to decrease oil extraction volumes at least in the shallow Northern part of the Sea. A similar action must be taken in Russia in order to stop large quantities of discharges of pollutants into the Volga river. Hopefully this will happen in all littoral states.

