Le Canada et le développement du droit international : La contribution de *l’Affaire de la fonderie de Trail* à la formation du nouveau droit de la pollution atmosphérique transfrontière.

Canadian-American Arbitration and Creation of Law : The Contribution of the Trail Smelter Case to the Development of International Law, Including the Emerging Law of Transboundary Air Pollution

Gerald F. Fitzgerald

Volume 11, numéro 3, 1980

Quelques jalons de l’apport canadien au droit international

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/701072ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/701072ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Institut québécois des hautes études internationales

ISSN

0014-2123 (imprimé)

1703-7891 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Fitzgerald, G. F. (1980). Le Canada et le développement du droit international : La contribution de *l’Affaire de la fonderie de Trail* à la formation du nouveau droit de la pollution atmosphérique transfrontière. *Études internationales*, 11(3), 393–419. <https://doi.org/10.7202/701072ar>

Résumé de l’article

The purpose of this article is to indicate how the decisions of the Trail Smelter Arbitral Tribunal, rendered in 1938 and 1941, have made a contribution to the development of international law, including, in particular, the emerging international legal rules relating to transboundary air pollution. Of particular importance was the Tribunal's enunciation of the principle of the international liability of a pollution-source state.

The influence of the *Trail Smelter* case is examined in the light of the *Corfu Channel* Case, the Nuclear Test Ban Treaty (1963), the Helsinki Rules (1966), the Stockholm Principles (1972), the *Nuclear Test Cases* (1973-74), the OECD Principles concerning Transfrontier Pollution (1974 and 1976), and the Joint Statement on Transboundary Air Quality by Canada and the United States (1979).

Two of the most difficult problems for solution in the case of transboundary pollution are: (1) equal access and non-discrimination with respect to remedies, and (2) liability and compensation. Canadian law has certain gaps in this regard. These and other problems of transboundary pollution pose a challenge for the 1980s and the *Trail Smelter* principle could make a contribution to their solution.

LE CANADA ET LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL; LA CONTRIBUTION DE L'AFFAIRE DE LA FONDERIE DE TRAIL À LA FORMATION DU NOUVEAU DROIT DE LA POLLUTION ATMOSPHÉRIQUE TRANSFRONTIÈRE.*

Gerald F. FITZGERALD**

ABSTRACT — Canadian-American Arbitration and Creation of Law: The Contribution of the Trail Smelter Case to the Development of International Law, Including the Emerging Law of Transboundary Air Pollution

The purpose of this article is to indicate how the decisions of the Trail Smelter Arbitral Tribunal, rendered in 1938 and 1941, have made a contribution to the development of international law, including, in particular, the emerging international legal rules relating to transboundary air pollution. Of particular importance was the Tribunal's enunciation of the principle of the international liability of a pollution-source state.

The influence of the Trail Smelter case is examined in the light of the Corfu Channel Case, the Nuclear Test Ban Treaty (1963), the Helsinki Rules (1966), the Stockholm Principles (1972), the Nuclear Test Cases (1973-74), the OECD Principles concerning Transfrontier Pollution (1974 and 1976), and the Joint Statement on Transboundary Air Quality by Canada and the United States (1979).

Two of the most difficult problems for solution in the case of transboundary pollution are: (1) equal access and non-discrimination with respect to remedies, and (2) liability and compensation. Canadian law has certain gaps in this regard. These and other problems of transboundary pollution pose a challenge for the 1980s and the Trail Smelter principle could make a contribution to their solution.

I - INTRODUCTION

En 1938 et 1941, dans l'affaire de la fonderie de Trail, un tribunal d'arbitrage canado-américain rendait deux décisions obligatoires¹ relativement à un cas de pollution atmosphérique dont la source se trouvait au Canada mais dont les retombées se faisaient sentir jusqu'aux États-Unis. Cet étude se propose de montrer comment ces décisions ont contribué au développement du droit international, en général, et plus particulièrement au développement du nouveau droit de la pollution

* Les vues exprimées dans cet article n'engagent que l'auteur.

** Conseiller juridique, section de droit constitutionnel, administratif et international, ministère de la Justice, Ottawa.

1. 3 ONU, Recueil des sentences arbitrales, 1905-1982 (infra: ONU, Recueil).

atmosphérique transfrontière. Elle commence par un historique de l'*affaire de la fonderie de Trail*; suivent diverses observations sur certains aspects de l'affaire, une analyse de celle-ci dans la perspective du développement du droit de la pollution atmosphérique transfrontière, un résumé de la situation juridique actuelle entre le Canada et les États-Unis, enfin une brève conclusion.

II - HISTORIQUE DE L'AFFAIRE DE LA FONDERIE DE TRAIL

Origine de l'affaire

L'affaire trouve son origine dans les activités d'une fonderie implantée en 1896 près de Trail, en Colombie Britannique. La Consolidated Mining and Smelting Company of Canada Ltd., une compagnie privée constituée en société par charte canadienne en 1906, s'était lancée dans la transformation du zinc et du plomb. Au début, la compagnie versait des indemnités aux fermiers de l'État de Washington pour les dédommager des dégâts causés par de fortes émanations sulfureuses se dégageant de l'usine. Mais, à partir de 1928, les fermiers lésés ne se satisfirent plus de ces indemnités².

Présentation du litige à la Commission mixte internationale (CMI)

L'affaire fut soumise par le Canada et les États-Unis à la Commission mixte internationale (ci-après CMI), afin qu'elle mène une enquête et présente un rapport, conformément à l'article IX du *Traité sur les eaux limitrophes de 1909*³.

La CMI écrivit dans son rapport, daté du 28 février 1931, que la quantité de fumées sulfureuses dégagées par la fonderie de Trail avait diminué et évalua tous les dommages antérieurs au 1^{er} janvier 1932 inclusivement à \$350 000⁴. Une recommandation de la CMI à l'effet que les deux gouvernements se consultent au sujet du règlement de futures réclamations n'a sans doute pas paru satisfaisante puisque l'on n'a fait aucune réclamation par la suite⁵.

En dépit de modifications apportées à la fonderie afin de réduire les émissions de fumées nuisibles, le problème persista. Le Canada et les États-Unis renouèrent les négociations diplomatiques qui, en fin de compte, aboutirent à la signature d'une convention, le 15 avril 1935, laquelle contenait un *compromis d'arbitrage* et établissait le *Tribunal d'arbitrage de la fonderie de Trail*⁶.

2. *Ibid.*, 1917-1918.

3. Pour le texte du traité, voir la *Loi du Traité des eaux limitrophes internationales*, S.R.C. 1970, c. 1-20.

4. Pour un résumé du Docket no 25 (Trail Smelter Investigation), voir L.M. Bloomfield and G.F. FITZGERALD, *Boundary Waters Problems of Canada and the United States*, Toronto, 1958, pp. 137-138.

5. Pour plus de détails à ce sujet, voir ONU, *Recueil*, 1919.

6. Pour le texte de la Convention de 1935, voir ONU, *Recueil*, 1907-1910, *Recueil des traités du Canada* 1935, no 20; (1935) 30 *Supplément* 163 de l'*American Journal of International Law* (*infra*, A.J.I.L.)

Principaux points du compromis d'arbitrage

Le gouvernement du Canada acceptait d'abord de verser une somme de \$350 000 (US) au gouvernement américain en règlement des dommages causés aux États-Unis, antérieurement au 1^{er} janvier 1932.

Les deux gouvernements acceptaient également de constituer un tribunal dans le but de statuer sur la série de questions énoncées ci-dessous.

Le tribunal, formé de trois membres, comprenait un président de nationalité belge ainsi que deux autres membres choisis par le Canada et les États-Unis.

Le tribunal devait répondre aux questions suivantes :

1. La fonderie de Trail a-t-elle causé des dommages depuis le 1^{er} janvier 1932 et, si oui, quelle indemnité devrait être payée pour les réparer ?
2. En cas de réponse affirmative à la première partie de la question précédente, la fonderie de Trail doit-elle s'abstenir, à l'avenir, de causer des dommages dans l'État de Washington et, si oui, dans quelle mesure ?
3. À la lumière de la précédente question, quelles mesures ou quel régime devraient être adoptés ou maintenus par la fonderie de Trail ?
4. Le cas échéant, quelle indemnité devrait être payée en application de toute décision ou toutes décisions du Tribunal, conformément aux deux questions précédant immédiatement celle-ci ?⁷

Le tribunal devait prendre en considération le droit international et la pratique internationale aussi bien que le droit et la pratique en vigueur aux États-Unis sur des questions comparables, et devait tenir compte également du désir des parties à la Convention de parvenir à une solution équitable pour toutes les parties concernées⁸. Les pouvoirs nécessaires pour mener des enquêtes et des interrogatoires lui étaient reconnus et les rapports des enquêteurs pouvaient être soumis et reçus, séparément ou conjointement, par le Tribunal dans le but de lui permettre de répondre à toute question⁹. Le Tribunal devait remettre un rapport aux gouvernements qui, sur réception du rapport, procéderaient aux arrangements nécessaires pour régler les réclamations d'indemnités pour dommages, s'il devait s'en présenter après la période couverte par le rapport¹⁰.

Les gouvernements s'engagèrent à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le respect des obligations prévues à la Convention, en accord avec la décision du Tribunal¹¹.

7. Convention, article III.

8. *Ibid.*, article IV.

9. *Ibid.*, article X.

10. *Ibid.*, article XI.

11. *Ibid.*, article XII.

Décision intérimaire (1938)¹²

Le 16 avril 1938, le Tribunal faisait part de sa décision concernant la Question 1 qui se voulait « finale », et de sa décision « temporaire » sur les Questions 2 et 3, et proposait par le biais de ces décisions la mise en place d'un régime temporaire.

Le tribunal précisa d'abord que lorsque, dans une décision, il s'était référé à des décisions des tribunaux américains ou qu'il s'était inspiré du droit américain, il avait agi en conformité avec l'article IV de la Convention qui se lui comme suit :

Le tribunal devra prendre en considération le droit et la pratique existant aux États-Unis d'Amérique concernant des questions comparables...¹³

Pour ce qui est de la question 1, le Tribunal conclut que des dommages avaient été causés par la fonderie de Trail dans l'État de Washington entre le 1^{er} janvier 1932 et le 1^{er} octobre 1937 et accorda une indemnité chiffrée à 78 000 dollars comprenant les intérêts comme indemnité finale et comme réparation pour tous les dommages causés aux terres cultivées et non cultivées¹⁵. Le Tribunal refusa, pour diverses raisons, d'accorder une indemnité pour les dommages causés au bétail (manque de preuve), pour les atteintes à la propriété dans la ville de Northport (manque de preuve), pour les pertes subies par les entreprises (liens de causalité trop indirects et éloignés) et pour la pollution des eaux du fleuve Columbia (aucune preuve)¹⁶.

Les États-Unis mentionnèrent d'autres types de dommages tels que « (e) les dommages découlant du tort causé aux États-Unis par la violation de leur souveraineté » et « (f) les dommages reliés au non-paiement d'intérêts sur la somme de 350 000 dollars éventuellement acceptée en réparation des dommages encourus jusqu'au 1^{er} janvier 1932, mais versés seulement le 2 novembre 1935 ».

En ce qui a trait au point (e), le Tribunal ne jugea pas nécessaire de déterminer si les faits qui avaient été établis constituaient ou non une atteinte ou une violation de la souveraineté des États-Unis, telle que définie par le droit international, indépendamment du contenu de la Convention. Aux termes de la Convention, le Canada avait pris l'engagement de se conformer à la décision du Tribunal en ce qui regarde les dommages causés par la fonderie de Trail dans l'État de Washington et de l'indemnité à verser à cet effet. La seule question dont il fallait donc discuter à cet égard était l'interprétation de la Convention elle-même. La seule réclamation des États-Unis pour des dommages relevant de la « violation de la souveraineté » concernait une somme dépensée pour « l'enquête menée par les États-Unis sur l'utilisation de la fonderie de Trail¹⁷ ». Le Tribunal émit l'opinion qu'il n'était pas dans l'intention des parties, comme l'indiquaient les mots « dommages causés par la fonderie de Trail » à l'article III de la Convention, d'inclure des dépenses d'un tel ordre.

12. ONU, *Recueil* 1911-1937.

13. *Ibid.*, 1912.

14. *Ibid.*, 1931.

15. *Idem.*

16. ONU, *Recueil*, 1931-1932.

17. *Ibid.*, 1932.

De l'avis du Tribunal, les faits de l'affaire n'étaient pas de nature à justifier la reconnaissance de dommages pour violation de souveraineté, comme c'était le cas dans l'arbitrage de l'Affaire *I'm Alone*¹⁸ rendu le 5 janvier 1935. Il est important de souligner que ce n'est pas une réclamation pour dommages moraux causés par une violation de la souveraineté qui a été rejetée par le Tribunal¹⁹.

Le Tribunal rejeta par ailleurs la prétention des États-Unis que les dépenses aux fins d'enquête devaient être remboursées parce qu'elles avaient été effectuées en raison même de l'arbitrage des dommages²⁰.

Quant au point (f) mentionné plus haut, le Tribunal déclara que la Convention ne prévoyait pas le paiement d'intérêts²¹.

Décision finale (1941)²²

1 - POINTS PRÉLIMINAIRES²³

Dans le rapport contenant sa décision finale, remis aux deux gouvernements le 11 mars 1941, le Tribunal décrivait le contexte dans lequel il répondait aux questions qui lui avaient été soumises. La controverse était née entre deux gouvernements au sujet de dommages qui s'étaient produits ou se produisaient sur le territoire de l'un d'eux (États-Unis), dont la cause était un établissement situé sur le territoire de l'autre État (Canada). Le Tribunal ne s'était pas réuni et n'était pas en réunion pour se prononcer sur des réclamations présentées par des individus ou par un gouvernement au nom d'un ou de plusieurs individus. On peut rappeler ici qu'une des raisons fondamentales de la création du Tribunal était qu'il n'existait aucun moyen d'accès aux tribunaux canadiens et, par conséquent, aucun recours contre la fonderie de Trail, pour des individus. Dans la Convention, on avait donc transformé des réclamations de source privée en réclamations gouvernementales.

Par ailleurs, pour ce qui est des deux pays intéressés, ils avaient autant intérêt l'un que l'autre à ce que, si un tort était prouvé, l'indemnisation des parties lésées soit juste et adéquate et que les réclamations qui n'étaient pas prouvées et justifiées soient rejetées. Le Tribunal mentionna aussi qu'il ne serait pas à l'avantage des deux pays que le développement industriel soit entravé par les exigences de la communauté agricole, tout comme il ne serait pas dans l'intérêt des deux pays que le secteur agricole soit restreint pour mieux répondre aux besoins de l'industrie. C'est dans

18. *Arbitrage I'm Alone (Canada vs États-Unis)*, ONU, *Recueil*, 1916: pour un résumé, voir G.H. HACKWORTH, *Digest of International Law*, vol. 2 (1940) pp. 703-706; voir aussi, J.G. CASTEL, *International Law*, 3^e édition, Toronto, 1976, pp. 605-613.

19. Pour une discussion de la question des dommages moraux causés par une « violation de la souveraineté », voir Alfred P. RUBIN, « Pollution by Analogy, The Trail Smelter Arbitration » (1971), 50 *Oregon Law Review*, pp. 259, 265, et G. HANDL, « Territorial Sovereignty and the Problem of Transnational Pollution » (1975), 69 *American Journal of International Law*, pp. 61-66.

20. ONU, *Recueil*, 1933.

21. *Idem*,

22. ONU, *Recueil*, 1938-1981.

23. *Ibid.*, 1938-1939.

cette optique que le Tribunal considéra qu'il devait tâcher de réconcilier les intérêts opposés en proposant une « solution juste » susceptible de permettre à la fonderie de Trail de continuer à fonctionner mais dans des conditions telles qu'il n'en résulte aucun dommage pour les États-Unis ou bien, si des dommages étaient causés, que des indemnités soient versées.

2 - LA QUESTION 1 ET LES RÉCLAMATIONS CONNEXES DES ÉTATS-UNIS

Le Tribunal examina ensuite trois demandes de réparation présentées par les États-Unis, en relation avec la question 1, citée plus haut.

La demande de reconsidération de la décision relative à certaines dépenses encourues entre le 1^{er} janvier 1932 et le 30 juin 1936.

Demande fut faite au Tribunal de reconsidérer sa décision de refuser le remboursement de certains frais encourus par les États-Unis durant la période du 1^{er} janvier 1932 au 30 juin 1936. Celui-ci répondit que sa première décision au sujet des actions des parties (c'est-à-dire le paiement du Canada et l'acceptation sans réserve des États-Unis) était finale et que cette finalité était inhérente à la décision²⁴. Sa décision antérieure au sujet de la Question 1 pour la période allant jusqu'au 1^{er} octobre 1937 avait, selon lui, qualité de *res judicata* (chose jugée)²⁵. En l'occurrence, le Tribunal considéra qu'il n'était pas tenu d'appliquer le droit national et il fit la remarque suivante :

l'autorité de la *res judicata* attachée à la décision finale d'un tribunal international est une règle établie et essentielle du droit international²⁶.

Mais, ajouta le Tribunal, s'il est vrai que les relations internationales fondées sur le droit et la justice requièrent un règlement arbitral ou judiciaire des différends internationaux, il est aussi vrai que de tels règlements doivent demeurer incontestés si l'on veut qu'ils atteignent ce but. Après examen des décisions des tribunaux arbitraux et de la Cour permanente de justice internationale favorables à ce point de vue, le Tribunal rejeta la requête des États-Unis.

La demande d'indemnité pour les dommages postérieurs au 1^{er} octobre 1937.

À la suite des enquêtes menées sous la supervision du Tribunal, il fut jugé que les États-Unis n'avaient pas réussi à prouver qu'entre le 1^{er} octobre 1937 et le 1^{er} octobre 1940, des fumées auraient causé des dommages aux récoltes, aux arbres, ou toute autre forme de dommage²⁷.

La réclamation pour les dépenses encourues entre le 1^{er} juillet 1936 et le 1^{er} octobre 1937.

Toujours au sujet de la question 1, le Tribunal rejeta une demande d'indemnité pour les frais des enquêtes entreprises par les États-Unis entre le 1^{er} juillet 1936 et le

24. *Ibid.*, 1949.

25. *Ibid.*, 1948-1957 (pour une discussion de la *res judicata* par le Tribunal).

26. *Ibid.*, 1950. Pour une discussion de l'exclusion du droit américain par le Tribunal et son remplacement par le droit international pour traiter la question de la *res judicata*, voir RUBIN, *op. cit.*, note 19, pp. 262-263.

27. *Ibid.*, 1959.

1^{er} octobre 1937, pour les mêmes raisons qu'il avait données en ce qui concerne les frais d'enquêtes menées entre le 1^{er} janvier 1932 et le 30 juin 1936²⁸.

Les arbitres examinèrent ensuite le problème des frais des enquêtes conduites depuis le 1^{er} octobre 1937. Les États-Unis plaidaient que des dommages avaient été causés et que lorsque l'on craint à juste titre qu'un tel préjudice se perpétue, il faut faire enquête. Or le coût de cette enquête est une conséquence aussi grave du préjudice que le dommage causé aux arbres et aux récoltes. Ils ajoutaient que l'indemnité accordée en regard de la question 1 comprenait nécessairement les dépenses encourues pour une telle enquête. Le Tribunal répondit toutefois qu'il existait une différence fondamentale entre les dépenses reliées à la réparation d'un préjudice et les sommes consacrées à évaluer l'existence, l'origine et l'étendue du préjudice. Ceux-ci, fit-il valoir, ne faisaient pas plus partie du dommage que d'autres coûts compris dans la requête et l'obtention d'une solution juridique ou arbitrale, tels que les frais d'avocat, les frais de déplacement des témoins, ainsi de suite²⁹.

Le préambule de la Convention déclarait que le dommage allégué était le « dommage » causé par des émissions de fumée dans l'État de Washington, et pour le Tribunal tout portait à croire que c'est là la signification, et la seule, qu'il fallait donner à ce mot dans le texte de la Convention. En outre, il ne faisait aucun doute que dans la somme de 350 000 dollars suggérée par la CMI, aucun frais d'enquête n'avait été inclus³⁰.

Les États-Unis firent également valoir que tandis que le problème de droit identifié par la CMI parlait de « l'étendue du dommage à la propriété de l'État de Washington », le problème de droit défini par le Tribunal ne se restreignait pas ainsi à la propriété. Mais, répondirent les arbitres, l'affaire leur fut présentée non pas comme une demande de réparation pour dommage causé à des propriétés privées pour lesquelles le gouvernement aurait pris fait et cause, mais comme une réclamation unique en rapport avec un dommage commis au territoire national. Le Tribunal n'avait été informé d'aucune affaire pour laquelle un gouvernement aurait cherché à obtenir d'une juridiction internationale, ou aurait obtenu par arbitrage ou jugement d'une cour internationale, un dédommagement pour dépenses encourues dans la préparation de la preuve à présenter dans des réclamations nationales ou privées pour lesquelles le gouvernement aurait pris fait et cause³¹. De plus, l'intention de permettre au Tribunal d'allouer les sommes réclamées ne ressortait pas expressément des termes même du compromis, et ne pouvait être logiquement déduit de ses dispositions³².

28. *Idem*.

29. ONU, *Recueil* 1959-1960.

30. *Ibid.*, 1960.

31. *Ibid.*, 1961.

32. *Ibid.*, 1962.

La réponse à la Question 1.

En réponse à la question 1, le Tribunal jugea que la fonderie de Trail n'avait commis aucun tort dans l'État de Washington entre le 1^{er} octobre 1937 et le 1^{er} octobre 1940 et que, dès lors, il n'ay avait pas lieu d'accorder une indemnité à cet effet³³.

3. - QUESTION 2

Les arbitres jugèrent qu'il ne leur était pas nécessaire de déterminer si l'on devait répondre à la question 1 en fonction du droit appliqué aux États-Unis ou du droit international. Ceci parce que, en l'instance, les règles de droit appliquées aux États-Unis pour traiter des droits quasi souverains des États de l'Union, dans le domaine de la pollution de l'air, tout en étant plus élaborées, étaient conformes aux règles générales du droit international.

Aucune affaire de pollution atmosphérique ou de pollution de l'eau, préalablement jugée par un tribunal international, ne fut portée à l'attention du Tribunal. Mais certaines décisions de la Cour Suprême des États-Unis concernant la pollution de l'air et de l'eau pouvaient être légitimement prises en considération dans ce domaine du droit international car, de l'avis du Tribunal, il était raisonnable de s'inspirer par analogie, pour des causes internationales, de la jurisprudence établie par cet cour lorsqu'elle a eu à débattre de controverses suscitées par les droits quasi souverains des États, lorsqu'aucune règle contraire ne prévaut et que de tels précédents ne peuvent être rejetés pour aucune raison découlant des limites inhérentes à la souveraineté dictées par la Constitution des États-Unis³⁴.

Après avoir pris connaissance des écrits de publicistes qui affirmaient qu'un État a le devoir permanent de protéger les autres États contre des actes dommageables d'individus se trouvant sous sa compétence³⁵; d'une affaire suisse relative à un conflit international au sujet d'un champ de tir situé sur la frontière³⁶; des décisions américaines pertinentes dans des cas de pollution de l'air et de l'eau entre deux États³⁷, le Tribunal fit une déclaration qui est souvent citée :

...ces décisions, prises dans leur ensemble, constituent une base suffisante pour conclure que, d'après les principes du droit international ainsi que d'après le droit des États-Unis, aucun État n'a le droit d'user de son territoire ou d'en permettre l'usage de manière à ce que des fumées causent des dommages sur le territoire d'un autre État ou aux propriétés des personnes qui s'y trouvent, s'il s'agit de conséquences sérieuses et si le préjudice est prouvé par des preuves claires et convaincantes³⁸.

Selon le Tribunal, les décisions de la Cour Suprême des États-Unis, qui constituaient la base de ses propres conclusions, avaient été prises en toute justice et,

33. *Idem*.

34. 3 ONU, *Recueil*, 1963-1964.

35. *Ibid.*, 1963.

36. *Idem*.

37. ONU, *Recueil*, 1964-1965.

38. *Ibid.*, 1965.

par conséquent, toute solution et toute directive inspirées de celles-ci ne pouvaient qu'être « justes envers toutes les parties intéressées » tant et aussi longtemps, tout au moins, que les conditions prévalant dans la vallée du fleuve Columbia demeuraient les mêmes.

Le Tribunal soutint que le Canada était responsable en droit international des actes de la fonderie de Trail. Mises à part les dispositions de la Convention, le devoir du Gouvernement du Canada était donc de s'assurer que les agissements de la fonderie étaient conformes aux obligations incombant au Canada en vertu du droit international.

Par conséquent, la réponse du Tribunal à la Question 2 fut la suivante :

Aussi longtemps que les présentes conditions dans la vallée du fleuve Columbia prévaudront, la fonderie de Trail devra faire en sorte que ses fumées ne causent aucun dommage sur le territoire de l'État de Washington ; le dommage auquel nous nous référons ici et son étendue devront être tels qu'ils soient recouvrables devant les tribunaux des États-Unis de la même façon que dans les conflits entre personnes privées. L'indemnité exigible pour un tel dommage devra être évaluée selon l'entente qu'auront conclue entre eux les deux gouvernements conformément à l'article XI de la Convention³⁹.

4 - QUESTION 3

Dans sa réponse à la question 3, le Tribunal décida que la fonderie devrait être astreinte à un certain contrôle qui resterait en vigueur tant et aussi longtemps qu'une modification n'apparaîtrait pas nécessaire conformément aux dispositions de sa décision⁴⁰. Si, à n'importe quel moment après le 31 décembre 1942, l'un ou l'autre gouvernement réclamait un amendement ou une suspension du régime prescrit par le Tribunal et que l'autre gouvernement refusait de se plier à une telle demande, une disposition prévoyait la mise sur pied d'une Commission de scientifiques pour juger d'une telle demande. La Commission pouvait décider d'accepter ou de rejeter la demande globalement ou partiellement, selon le cas, en vue d'éviter ou de prévenir tout dommage à l'État de Washington. La décision de la Commission devait être finale et il était exigé des gouvernements qu'ils fassent tout le nécessaire pour se conformer à la décision aux termes de l'article XII de la Convention⁴¹.

5 - QUESTION 4

Quant à la question 4, les arbitres jugèrent que le régime qu'ils avaient prescrit éliminerait sans doute les causes de la controverse et ferait en sorte qu'aucun dommage de type matériel ne soit causé à l'avenir dans l'État de Washington. Toutefois, le Tribunal décida a) qu'une indemnité devrait être allouée pour les dommages qui avaient été commis depuis le 1^{er} octobre 1940 ou qui seraient commis dans l'avenir, et (b) qu'il faudrait accorder à titre d'indemnisation pour le coût

39. *Ibid.*, 1966.

40. *Idem.*

41. 3 ONU, *Recueil*, 1978.

raisonnable des enquêtes menées par les États-Unis, une somme ne dépassant pas 7 500 dollars par année⁴².

III - COMMENTAIRES SUR CERTAINS ASPECTS DE L'ARBITRAGE DE LA FONDERIE DE TRAIL

Introduction

Un grand nombre de problèmes intéressants sont soulevés par l'*arbitrage de la fonderie de Trail*, notamment la règle de l'épuisement des recours internes; la continuité de la nationalité des demandeurs; la nature de la responsabilité en cause et enfin l'établissement de directives à l'intention du pollueur. C'est à ces questions que nous consacrons nos prochains développements.

Épuisement des recours internes

Un aspect important de l'*affaire de la fonderie de Trail* est qu'on aurait pu ne jamais accorder d'indemnisation aux plaignants s'il avait fallu appliquer d'abord la règle de l'épuisement des recours internes⁴³.

En vertu de la convention de 1935, les plaignants échappaient à la règle de l'épuisement des recours internes qui aurait pu s'appliquer avant que les États-Unis ne prennent fait et cause pour les plaignants.

En fait, ils n'auraient pu l'emporter s'il avait fallu appliquer cette règle car on reconnaissait à l'époque que les demandeurs étrangers se heurteraient à un refus des tribunaux de la Colombie Britannique d'utiliser leur compétence judiciaire pour des poursuites concernant des dommages à des terres situées à l'extérieur de la province. À l'époque, on pensait que les tribunaux canadiens et, à la limite, le Conseil Privé, qui était alors le tribunal de dernière instance, ne pouvaient contredire la règle établie par la Chambre des Lords dans l'affaire de *British South Africa vs Companhia de Moçambique*⁴⁴. Après que l'on eut démontré que, par la règle du

42. *Ibid.*, 1980.

43. J. A. BEESLEY, dans *Académie de droit international de La Haye, Colloque 1973* (14-16VII) (ci-après intitulé « Hague Colloquium 1973 »), pp. 497-498. Parmi les écrits sur l'arbitrage de la fonderie de Trail et la question de l'épuisement des recours internes, on trouve: Samuel A. BLEICHER, « An Overview of International Environmental Regulation » (1972), 2 *Ecology Law Quarterly* 1, pp. 22-25; David HARRIS, « The Law Relating to Air Pollution: International Aspects », dans A.D. MCKNIGHT, P.K. MARSTAND and T.C. SINCLAIR (éds), *Environnemental Pollution Control*, London, 1974, pp. 74-80; Kenneth B. HOFFMAN, « State Responsibility in International Law and Transboundary Pollution Injuries », 1976, *I.C.L.Q.* pp. 509-537; C.A. KISS, Problèmes juridiques de la pollution de l'air », dans *Hague Colloquium 1973*, voir *supra*, même note, pp. 165-169.

44. (1893) A.C. 602. La principale cause canadienne qui fait état de l'affaire du *Moçambique* est *Albert vs Fraser Companies Ltd.*, 11 M.P.R. 209, (1937) 1 D.L.R. 39 (N.B.C.A.) Pour une discussion détaillée de la règle du *Moçambique*, voir H. Scott FAIRLEY, « Private Remedies for Transboundary Injury in Canada and the United States: Constraints Upon Having to Sue Where You can Collect » (1978), 10 *Ottawa Law Review*, pp. 253, 257-264; Stephen C. McCaffrey, « Jurisdictional Considerations in Private Litigation between Canada and the United States », 1973, 3 *California Western International Law Journal*, pp. 191, 218-219, 224-229.

Moçambique, l'accès à des tribunaux canadiens était refusé à des requérants américains, il s'avéra superflu de reparler de l'épuisement des recours internes. En ce qui concerne l'*affaire du Moçambique*, on a prétendu que l'on avait eu un faible espoir que la Chambre des lords la rejette⁴⁵.

Il n'était pas possible non plus que la fonderie de Trail remédia au problème en acquérant des servitudes pour ses fumées dans l'État de Washington. Et ce, parce que aucune personne ou compagnie étrangère n'avait le droit de détenir des intérêts fonciers dans cet État (voir Read, p. 223).

Les difficultés qui viennent d'être décrites ont pu être contournées, grâce aux dispositions de la Convention qui permettaient de transformer les réclamations faites par des individus en des réclamations des États-Unis à l'encontre du Canada pour violation du droit international.

Grâce à la Convention, les problèmes de l'épuisement des recours internes ainsi que les obstacles reliés au caractère national des demandes disparurent⁴⁶. Une demande nouvelle, adressée par un État à un autre fut formulée et l'épuisement s'avéra dès lors inutile. Les demandes individuelles disparurent complètement du litige et les parties intéressées furent autorisées, en vertu de la Convention, à comparaître devant le Tribunal pour présenter leur témoignage et leur argumentation. La Convention ne faisait pas mention de réclamations de personnes privées pour dommage ou préjudice à leurs intérêts personnels mais elle se penchait sur le problème de dommages causés à l'État de Washington, sans tenir compte de ceux qui en souffraient⁴⁷. Un auteur écrivit que le dommage

n'était pas relié à des personnes et, par conséquent, les problèmes de l'identité nationale des demandes et de la recherche de recours nationaux n'étaient pas pertinents⁴⁸.

Si l'on examine le problème sous un angle légèrement différent, on peut dire que, parce que la Convention a transformé les réclamations privées en réclamations au nom des États-Unis, le Tribunal a pu faire disparaître la distinction entre la responsabilité pour préjudice direct causé à l'État, et le préjudice indirect causé aux personnes nationales de cet État. Dans une affaire comme celle de la *fonderie de Trail*, les demandes de réparation formulées par les États-Unis avaient, en termes qualitatifs, prépondérance sur les réclamations de propriétaires individuels et ceci

dans le seul but de montrer que le véritable sujet de la demande de réparation est la qualité de l'environnement et non des dommages à la propriété d'individus⁴⁹.

45. John. E. READ, « The Trail Smelter Dispute », 1963, 1 *Annuaire canadien de droit international*, pp. 213, 222. Ceci est confirmé par la récente décision de la Chambre des lords dans *Hesperides Hotels Ltd. vs Muftizade*, 1978, 2 A11 ER 1168 où la règle du *Moçambique* a été maintenue.

46. BLEICHER, *op. cit.*, note 43, *supra*, pp. 22-23.

47. HOFFMAN, *op. cit.*, note 43, *supra*, p. 518.

48. *Idem*.

49. HOFFMAN, *op. cit.*, note 43, *supra*, p. 538.

À partir de cette perspective, les demandes de réparation relevaient de la catégorie du préjudice direct (i.e. aux États-Unis) et on demanda au Tribunal d'accorder réparation par voie de déclaration et d'injonction, selon les principes du droit international⁵⁰. La Convention permettait aux États-Unis d'obtenir réparation dans le cas de pollution atmosphérique transfrontière, de telle sorte que les victimes s'en trouvent compensées et que le pollueur soit incité à ne plus polluer l'air des États-Unis au-delà d'une certaine limite.

Les demandeurs des États-Unis et la fonderie de Trail ont été soutenus financièrement par leurs gouvernements respectifs pour la présentation de leur cause. Aux termes de la Convention telle qu'appliquée par le Tribunal, il était donc possible d'en arriver à réparation par voie d'injonction, résultat assez équivalent à ce qui aurait pu résulter de l'octroi d'un droit de laisser échapper des fumées⁵¹.

La Convention, les procédures et la sentence arbitrale ne soulevaient pas de problème d'imputation en ce qui concerne la responsabilité du Canada pour les actions de la fonderie. Assez étrangement, le Canada n'avait pas la capacité légale d'imposer le règlement intervenu à la compagnie, mais celle-ci se montra très coopérative⁵².

On peut se demander si, dans l'avenir, la communauté internationale, à travers la formulation d'accords spéciaux, n'ignorera pas l'existence de la règle de l'épuisement préalable des recours internes qui implique d'inévitables délais dans le règlement de conflits relatifs à des cas de pollution transfrontière, pour suivre plutôt la voie tracée par le *compromis de la fonderie de Trail*, celle qui veut que l'État prenne fait et cause pour des demandeurs qui présentent des réclamations privées.

Continuité de la nationalité des demandeurs

Lorsque l'État fait valoir un droit international au nom d'un individu, cet individu doit être un citoyen de l'État demandeur, à la fois au moment où le préjudice est commis et au moment du jugement de l'affaire⁵³. Un commentateur a suggéré que lorsque les demandes de réparations de la fonderie de Trail ont été transformées en des requêtes interétatiques, la possibilité de disqualification de certains demandeurs pour cause d'interruption dans la continuité de leur citoyenneté a été éliminée bien que le gouvernement des États-Unis ait pu tenir compte de ce facteur lorsqu'il a procédé à la répartition de la somme obtenue par arbitrage⁵⁴. Toutefois, une autre opinion veut que ce problème ne se posait tout simplement pas dans l'*affaire de la fonderie de Trail*⁵⁵.

50. *Ibid.*, p. 539.

51. Sur la question des servitudes, voir READ, *op. cit.*, note 45, *supra*, pp. 223-224.

52. *Ibid.*, pp. 227-229.

53. Marjorie M. WHITEMAN, *Digest of International Law*, 1967, vol. 8, pp. 1233-1244.

54. BLEICHER, *op. cit.*, note 43, *supra*, p. 23.

55. BEESLEY, *Hague Colloquium 1973*, note 43, *supra*, p. 498.

La nature de la responsabilité dans l'affaire de la fonderie de Trail

Comme nous l'avons indiqué plus haut, le Tribunal de la fonderie de Trail a conclu que :

...selon les principes du droit international, de même que selon le droit des États-Unis, aucun État n'a le droit d'user de son territoire ou d'en permettre l'usage de manière à ce que des fumées causent des dommages sur le territoire d'un autre État ou aux propriétés des personnes qui s'y trouvent, s'il s'agit de conséquences sérieuses et si le préjudice est prouvé par des preuves claires et convaincantes⁵⁶.

Mais ce principe ne signifie pas qu'un État a le devoir absolu d'interdire toute pollution transfrontière même si, pour y arriver, il faut fermer l'usine polluante. La Convention de 1935 n'allait pas jusqu'à cette position extrême, puisqu'elle n'autorisait le Tribunal à intervenir que par voie d'injonction ou par l'octroi d'une indemnité pour les futurs dommages, si cela s'avérait nécessaire. En fait, le tribunal ne fit aucune tentative pour éliminer le risque⁵⁷.

Le principe de la *fonderie de Trail* conduit à la reconnaissance de la responsabilité absolue du Canada envers les États-Unis. Dans cette affaire, toutefois, on ne releva pas de faute à la charge du Canada car celui-ci avait admis sa responsabilité par l'intermédiaire de la Convention⁵⁸. Dès lors le Tribunal outrepassa le texte de la Convention lorsqu'il dit que le principe en question était un principe de « droit international ».

Une règle similaire de responsabilité absolue fut appliquée dans l'affaire du *détroit de Corfou* où l'on rattacha la responsabilité de l'Albanie pour les pertes de vies humaines et les dommages causés aux navires de guerre britanniques à la présence illégale de mines dans ses eaux territoriales⁵⁹. De même, dans l'arbitrage du *lac Lanoux*, le Tribunal considéra que le principe de responsabilité absolue serait applicable si des dommages dûs à une pollution de l'eau originant en France étaient causés en Espagne⁶⁰.

56. ONU, *Recueil des sentences arbitrales*, 1965; BLEICHER, *op. cit.*, note *supra*, p. 22, prétend que le Tribunal a exagéré l'étendue de la responsabilité en disant que le Canada était obligé « sans égard aux mesures indiquées dans la Convention », (voir 3 ONU *Recueil*, 1965-1966)

57. BLEICHER, *op. cit.*, note 43, *supra*, pp. 20-21.

58. Les termes « responsabilité stricte » et « responsabilité absolue » sont parfois interchangeables. Mais dans un type de cause comme *Rylands vs Fletcher*, L.R. 3 H.L. 330 (1968) on préfère les termes « responsabilité stricte » et « responsabilité sans faute » à « responsabilité absolue ». Il en est ainsi parce que les règles de disculpation développées par les tribunaux pour diminuer la rigueur de la responsabilité du défendeur telle qu'elle est définie dans *Rylands vs Fletcher* font en quelque sorte de l'adjectif « stricte » une fausse désignation. Voir, L.F.E. GOLDIE, « Development of an International Environmental Law, An Appraisal », dans John Lawrence HARGROVE (éd.), *Law Institutions and the Global Environment*, Dobbs Ferry, Leiden, 1972, pp. 104-113-135.

59. (1949) C.I.J. *Rapport* 4, p. 22.

60. 12 ONU *Recueil*, pp. 281, 303; (1959) A.J.I.L. pp. 156, 160-161.

L'arbitrage du *barrage de Gut*⁶¹ entre le Canada et les États-Unis a été cité⁶² comme exemple plus clair de l'application de la responsabilité absolue dans le contexte d'un préjudice à l'environnement. Le Lake Ontario Claims Tribunal fut institué à la suite d'un accord canado-américain (1965) pour entendre les réclamations des États-Unis au nom de citoyens américains relativement à des dommages à la propriété, dûs à des inondations et à l'érosion apparemment provoquée par un barrage canadien construit le long de la frontière internationale, dans la portion internationale des eaux du fleuve St-Laurent. Le Tribunal nota que le Canada avait reconnu son obligation de payer réparation et dit que

les seules questions qu'il lui restait encore à considérer étaient de savoir si le barrage de Gut avait bien causé les dommages qui faisaient l'objet des réclamations et de déterminer la quotité de ces dommages⁶³.

La reconnaissance d'une obligation de payer une indemnité n'équivaut pas à une déclaration de responsabilité absolue.

Alors que la règle de la responsabilité absolue fait son chemin dans le cas de réclamation en matière d'environnement international, elle doit être confrontée avec la règle traditionnelle de la responsabilité de l'État; celle-ci veut que l'État doit être d'abord directement inculqué avant d'être tenu responsable d'un dommage (soit en l'ayant commis lui-même ou en n'ayant pas pris de mesures appropriées pour empêcher qu'il ne soit causé à un autre État)⁶⁴. De plus, selon la tradition,

l'action injurieuse d'un État à l'endroit d'un autre État n'est cependant pas considérée comme une faute internationale, si elle n'est pas commise volontairement ou malicieusement, ou si elle n'est pas le résultat d'une négligence coupable⁶⁵.

61. Voir « Canada-United States Settlement of Gut Dam Claims », 22 septembre 1968, Report of the Agent of the United States before the Lake Ontario Claims Tribunal (1969), 8 *International Legal Materials*, pp. 118-143 (jugement du 12 février 1968 dont les pages 138 et 140 sont ici citées); « Arbitration of Lake Ontario (Gut Dam) Claims » (1968), 20 *Affaires extérieures*, p. 507; aussi (1967), 19 *Affaires extérieures*, p. 90.

62. Jan SCHNEIDER, « State Responsibility for Environmental Protection and Preservation: Ecological Unities and Fragmented World Public Order » (1975), 2 *Yale Studies in World Public Order* pp. 70-71.

63. (1969), 8 *International Legal Materials*, p. 140.

64. Ronald W. IANNI, « International and Private Actions in Transboundary. A Pollution » (1973), 11 *Annuaire canadien de droit international*, p. 258, 260; D.P. O'CONNELL, *International Law*, 2^e édition, (1970), p. 943.

65. IANNI, *op. cit.*, note 64, *supra*, p. 260; *Oppenheim's International Law*, vol. 1, Peace, 8^e édition, par LAUTERPACHT (1955), p. 343.

Bien qu'il ait été suggéré que la règle de responsabilité absolue devienne un principe de droit international en matière de pollution transfrontière⁶⁶, il serait plus prudent d'interpréter cette évolution comme étant *de lege ferenda*⁶⁷.

Établissement d'un régime spécial à l'intention du pollueur

Le Tribunal de la *fonderie de Trail* ne s'est pas contenté d'énoncer la règle de responsabilité internationale pour des actes de pollution transfrontière. Il s'est aussi assigné une fonction administrative, puisqu'il a élaboré un règlement concernant la pollution future de la fonderie qui permettrait de faire enquête éventuellement sur cette pollution. Cette approche se révèle importante dans la mesure où la véritable solution de cas de pollution de l'environnement mondial réside, non dans la mise en oeuvre de la responsabilité internationale après l'apparition du préjudice, mais plutôt dans le souci de protéger l'environnement par d'autres moyens, telles la réglementation internationale, ou peut-être même par des formes plus élaborées de coopération internationale.

L'établissement d'un régime spécial est un aspect important parce qu'en le créant le Tribunal s'est penché sur le problème du niveau d'émission des fumées et non sur les intentions ou les échecs dus à la négligence dans la mise en opération de la fonderie.

Puisque c'est grâce au pouvoir que les parties à la Convention ont attribué au Tribunal que le régime fut établi,

il n'est pas certain, bien que l'on puisse en discuter, qu'un tel pouvoir soit inhérent à n'importe quel tribunal international chargé d'entendre une cause de ce type⁶⁸.

Conclusion

Il découle des remarques précédentes que c'est le compromis lui-même qui, dans l'*arbitrage de la fonderie de Trail*, a apporté la plus grande contribution au développement du droit international, même si l'idée la plus innovatrice – celle qui concerne la nature de la responsabilité – provenait de la volonté des arbitres de

66. L.F.E. GOLDIE, « International Principles of Responsibility for Pollution » (1970), 9 *Columbia Journal of Transboundary Law*, pp. 283, 306.

67. IANNI, *op. cit.*, note 64, *supra*, p. 262. Si l'on tient à examiner à fond la question, on peut se référer au statut d'un paiement *ex gratia* pour les cas de dommages causés par une pollution internationale. L'affaire *Fukuryu Maru* concernait des retombées radio-actives sur un bateau de pêche japonais, après que les États-Unis aient procédé à un essai nucléaire dans l'océan Pacifique. Les États-Unis ont fait un paiement *ex gratia* « pour l'indemnisation des préjudices ou dommages subis », y inclus les dommages à l'industrie de la pêche au thon du Japon. ((1955) 22 *State Department Bull.* pp. 90-91.) On a soutenu que « d'après le point de vue de l'avocat de droit international, le choix d'un jugement *ex gratia* devrait signifier que l'on soutient la proposition de juger certaines réclamations internationales de façon *ex gratia*, et non que la catégorie de réclamations dont il est question n'est pas valide ou ne sera pas jugée du tout ». Voir RUBIN, *op. cit.*, note 19, *supra*, p. 81.

68. HARRIS, *op. cit.*, note 43, *supra*, p. 81.

relier, par extrapolation, la reconnaissance par le Canada de sa responsabilité aux termes du compromis à un principe de droit international, lui-même formulé par le Tribunal.

IV - L'AFFAIRE DE LA FONDERIE DE TRAIL ET LE DÉVELOPPEMENT DE RÈGLES DE DROIT INTERNATIONAL RELATIVES À LA POLLUTION ATMOSPHÉRIQUE TRANSFRONTIÈRE

Introduction

Nous verrons, dans la discussion suivante qui porte sur certains événements, que la règle de la *fonderie de Trail* a eu un impact considérable sur le développement de nouvelles règles internationales à l'égard de la pollution atmosphérique transfrontière.

L'affaire du détroit de Corfou

À l'époque où il se réunit, le Tribunal de la *fonderie de Trail* innovait en énonçant une règle conforme au principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* (utilise ta propriété de manière à ne pas nuire à celle du voisin). Cependant, dès 1949, dans l'affaire du *détroit de Corfou*, qui n'avait rien à voir avec un problème de pollution transfrontière, la Cour internationale de justice avait déclaré que chaque État avait l'obligation

de ne pas laisser utiliser son territoire en toute connaissance de cause pour commettre des actes contraires aux droits des autres États⁶⁹.

On a prétendu que cette règle ne subsisterait pas si les États, en général, se pliaient à un autre principe⁷⁰.

Par conséquent, un défi a été lancé à la communauté internationale, celui de transformer en un accord multilatéral le consensus atteint par le Canada et les États-Unis, lequel se reflète dans la Convention de 1935 suivant l'interprétation large qui en a été donnée dans les décisions de la *fonderie de Trail*. Ce défi n'est pas facile à relever comme l'a démontré la valse d'hésitation qui a marqué la préparation des Principes 21 et 22 de Stockholm⁷¹.

Le Traité d'interdiction des essais nucléaires (1963)⁷²

Nous avons été témoins dans les années cinquante de l'accroissement de la pollution due à des essais nucléaires. La signature du *Traité d'interdiction des essais nucléaires*, en 1963, qui interdit les « explosions nucléaires » dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, en est une des conséquences. Les

69. (1949) C.I.J. *Rapport 4*, p. 22.

70. HARRIS, *op. cit.*, note 42, *supra*, p. 79.

71. Voir sous le titre 5, *supra*.

72. 480 *Recueil des Traités des Nations unies* 43; *Recueil des traités du Canada*, 1972, no 20.

essais nucléaires sont prohibés en haute mer. Il est aussi interdit à un État de procéder à des essais sur son territoire quand ils risquent d'entraîner des « déchets radio-actifs » au-delà de ses limites territoriales. Le traité met à exécution la règle de la *fonderie de Trail* quoiqu'il ait trait à un type de pollution *sui generis* et très hasardeux.

Les règles d'Helsinki, 1966

Entre temps, l'Association de droit international se consacrait durant une bonne partie des années cinquante et au début des années soixante à l'avancement de règles générales de droit international applicables à l'utilisation des eaux de fleuves internationaux (bassins de drainage internationaux). En 1966, elle a adopté les règles intitulées « Règles d'Helsinki⁷³ », lesquelles s'inspirent beaucoup de la règle du *Trail Smelter* bien qu'elles portent sur le droit des eaux internationales.

Le contenu de l'article X des Règles d'Helsinki est le suivant :

1. Conformément aux principes qui régissent l'utilisation équitable des eaux d'un fleuve international, un État
 - a) doit prévenir l'apparition de toute nouvelle forme de pollution de l'eau ou toute augmentation du niveau de pollution déjà existant dans un fleuve international, qui pourrait causer un préjudice substantiel au territoire d'un État co-fluvial, et
 - b) devrait prendre toutes les mesures appropriées pour réduire la pollution de l'eau d'un fleuve international jusqu'à ce qu'aucun dommage ne puisse être causé au territoire d'un État co-fluvial.
2. La règle citée au paragraphe 1 de cet article s'applique à une pollution de l'eau dont l'origine est située ;
 - a) à l'intérieur du territoire d'un État, ou
 - b) à l'intérieur du territoire d'un État, si elle est causée par la conduite de l'État.

Le commentaire qui accompagne cet article stipule que le droit international impose des restrictions aux agissements d'un État qui sont susceptibles de causer un préjudice au territoire d'un autre État⁷⁴. Il fait mention de l'affaire du *détroit de Corfou* et d'une déclaration du Secrétaire général des Nations unies à l'appui de cette thèse, mais il se réfère en plus assez précisément à la règle de la *fonderie de Trail*⁷⁵.

L'article XI des Règles d'Helsinki met en jeu la responsabilité absolue lorsqu'il stipule que, si une violation de la règle citée au paragraphe 1(a) de l'article X se produit, l'État qui en est responsable sera prié de mettre fin à sa conduite illicite et d'indemniser l'État co-fluvial lésé pour le préjudice qui lui a été fait. Dans un cas relevant de la règle exposée au paragraphe 1(b) de l'article X, si un État omet de prendre des mesures appropriées, il devra entreprendre rapidement des négociations

73. International Law Association, *Rapport de la Conférence de Helsinki*, 1966, pp. 484-533.

74. *Ibid.*, p. 497.

75. *Ibid.*, pp. 497-498.

avec l'État lésé pour convenir d'un règlement équitable selon les circonstances données⁷⁶. Le commentaire qui suit l'article XI se réfère à la règle de la *fonderie de Trail* qui concerne les dommages transfrontières. Il fait aussi référence à cette affaire dans la mesure où elle établit l'autorité directe nécessaire à l'exécution d'une réparation par voie d'injonction dont la nature est spécifiée à l'article XI⁷⁷.

Le texte qui accompagne les Règles d'Helsinki fait également observer que la notion, dégagée dans l'affaire de la *fonderie de Trail*, d'un contrôle de futures activités nocives est appuyée partiellement par la promulgation de mesures de protection provisoires par la Cour internationale permanente de justice, et par son successeur la Cour internationale de justice⁷⁸.

Bien que les Règles d'Helsinki ne furent jamais adoptées par une organisation intergouvernementale, des experts en droit international des eaux les ont développées et leur impact a été considérable dans les milieux internationaux⁷⁹. Et bien qu'elles aient trait au droit des eaux, elles n'ont pas été sans produire leur effet dans les discussions portant sur la pollution atmosphérique transfrontière, car tout comme on reconnaît l'existence de lignes de partage des eaux on reconnaît celle de lignes de partage de l'espace aérien.

Les Principes de Stockholm (1972)

Le principe dégagé dans l'affaire de la *fonderie de Trail* a franchi une étape importante de son histoire avec la rédaction des Principes 21 et 22 de la *Déclaration de Stockholm sur l'environnement humain*⁸⁰ que nous citons ici.

Principe 21

Conformément à la Charte des Nations unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de s'assurer que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.

Principe 22

Les États doivent coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la responsabilité et l'indemnisation des victimes de la pollution et d'autres dommages écologiques que les activités menées dans les limites de la juridiction de ces États, ou sous leur contrôle, causent à des régions situées au-delà des limites de leur juridiction.

76. *Ibid.*, p. 501.

77. *Ibid.*, p. 505.

78. *Idem.*

79. Par exemple, voir ONU Doc. A/CN. 4/320 et A/CN. 4/320/Corr. 1 (1979) Premier rapport sur le droit de l'utilisation des cours d'eaux internationaux à des fins autres que la navigation, Dr. S.M. SCHWEBEL, rapporteur.

80. Pour le texte, voir (1972), 11 *International Legal Materials*, p. 1416.

La position qu'adopta le Canada à Stockholm stipulait que le principe 21 « était en accord avec le droit international en vigueur⁸¹ ». Mais il s'agissait à l'époque d'une position plutôt isolée et certains autres États émirent toute une série de réserves à l'endroit de la Déclaration. Néanmoins, la Déclaration de Stockholm fut adoptée à l'unanimité⁸².

Il faut faire preuve de réalisme et admettre que la Déclaration de Stockholm ne se range pas dans la catégorie des traités dûment signés et sanctionnés. De surcroît les principes énumérés dans la Déclaration ne sont pas tous d'égale qualité et leur contenu juridique varie. Elle constitue, toutefois, un bon point de départ et elle sert de base pour effectuer de nouvelles percées dans le domaine de la pollution transfrontière. Bien que l'on ait soutenu qu'il était plausible que l'on retrouve les Principes 21 et 22 dans la catégorie de ce que l'on a appelé *soft law*⁸³, on a aussi affirmé que la Déclaration de Stockholm n'était pas « entièrement du *soft law*⁸⁴ ».

La Déclaration de Stockholm contient deux principes juridiques fondamentaux : (1) Le devoir d'un État de ne pas utiliser son territoire de manière à causer préjudice au territoire d'autres États, ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction ; (2) le devoir de verser une indemnité pour dommage causé, conçu tout simplement comme le devoir de développer davantage le droit⁸⁵. Le devoir de se consulter au sujet des activités qui pourraient avoir un impact sur l'environnement d'autres pays ou de régions ne relevant d'aucune juridiction ne fut pas inclus dans les principes à cause de l'opposition qui s'est manifestée durant la Conférence de Stockholm, mais il fut repris dans la Résolution 2995 de l'Assemblée générale des Nations unies (XXVII) sous une forme quelque peu diluée⁸⁶.

Alors que le Principe 21 est formulé dans un langage fort qui décrète que les États doivent faire en sorte que les activités qui relèvent de leur juridiction ou contrôle ne causent pas de dommage, sa portée est quelque peu affaiblie par le contenu du principe 22 qui stipule que les États doivent coopérer entre eux pour développer davantage les aspects du droit international qui ont trait à la responsabilité et à l'indemnisation⁸⁷.

81. ONU Doc. A/Conf. 48/4, p. 115.

82. J. Alan BEESLEY, « The Canadian Approach to International Environmental Law » (1973), 11 *Annuaire canadien de droit international* 3, pp. 3, 8-9.

83. GOLDIE, *Hague Colloquium 1973*, note 43, *supra*, p. 117.

84. BEESLEY, *Hague Colloquium 1973*, note 43, *supra* p. 491.

85. *Idem.*, Le principe 21 va plus loin que la règle de la *fonderie de Trail* de par l'apparente intention qui s'y trouve de rattacher la responsabilité aux activités qui relèvent du contrôle de l'État même si elles ne découlent pas de sa juridiction ; voir Douglas M. Johnston, « International Environmental Law: Recent Developments and Canadian Contributions », dans R.St.John MACDONALD, Gerald L. MORRIS et Douglas M. JOHNSTON, *Canadian Perspectives on International Law and Organization* (Toronto, 1974) pp. 555-575. Voir les commentaires sur le principe 21 dans le raisonnement de M. ELLICOTT (Australie) dans *Plaidoiries de la C.I.J., Essais nucléaires (Australie vs France)*, vol. 1, pp. 185-188 : « Il est utile de faire mention de nouveau du Principe 21 de la Déclaration de Stockholm qui n'accorde aucune concession pour ce qui est des droits souverains des États d'utiliser leur territoire pour causer des dommages à leur environnement. L'obligation des États est exprimée en termes absolus et ne prévoit aucune restriction... »

86. BEESLEY, *op. cit.*, note 82, *supra*, p. 8.

87. BEESLEY, *Hague Colloquium 1973*, note 43, *supra*, p. 498.

Le principe 21 de la Déclaration de Stockholm a élargi la portée géographique de la règle de la *fonderie de Trail*. Il englobe la zone qui est située au-delà des limites de la juridiction nationale, c'est-à-dire celle des biens communaux et ne tient pas uniquement compte des autres États. Le principe couvre aussi, en accord avec la règle de la *fonderie de Trail*, les activités qui se déroulent dans les limites de la juridiction ou du contrôle national et non simplement les activités de l'État.

Depuis leur adoption, les principes 21 et 22 de Stockholm sont devenus le point de mire de ceux qui tentent de développer les nouvelles règles du nouveau droit international de la pollution atmosphérique transfrontière.

Les Affaires des essais nucléaires, 1973-74⁸⁸

Tandis que l'on se préparait à assister à la Conférence de Stockholm, la pollution nucléaire continuait de menacer de vastes régions du globe. Par exemple, chaque année, entre 1966 et 1972 (à l'exception de 1969), la France procéda à des essais d'engins nucléaires dans l'atmosphère, sur, au-dessus ou près de l'atoll de Mururoa dans la région sud de l'océan Pacifique. En 1973, l'Australie et la Nouvelle-Zélande demandèrent à la Cour internationale de justice de donner l'ordre à la France sous forme de mesures de protection intérimaires de renoncer à ses essais atmosphériques en attendant la sentence de la Cour dans cette affaire, ordre qui fut effectivement donné par la Cour. Ces pays demandèrent aussi à la Cour de rendre un jugement déclaratoire à l'effet que la conduite de nouveaux tests dans l'Océan Pacifique sud n'était pas conforme aux règles du droit international en vigueur.

L'un des principaux arguments de l'Australie était que sa souveraineté avait été violée par les retombées radio-actives des essais effectués par la France. Malheureusement, la Cour ne s'attarda pas sur le fond de l'affaire. Après avoir noté, dans sa sentence rendue en 1974, que la France avait interrompu ses essais atmosphériques et avait déclaré qu'elle ne procéderait plus à des essais, si ce n'est des essais souterrains, la Cour considéra qu'il n'était pas nécessaire de rendre un jugement déclaratoire, puisque l'objectif de l'Australie et de la Nouvelle Zélande était la cessation des essais atmosphériques et que cet objectif avait été atteint. Certains juges n'étaient pas d'accord avec cette position, mais l'opinion de la majorité l'emporta tout naturellement.

Bien qu'une occasion rêvée de voir la Cour Internationale de Justice considérer l'application de l'affaire de la *fonderie de Trail* au domaine nucléaire venait d'être manquée, le juge de Castro fit néanmoins référence aux sentences arbitrales de 1938 et 1941 dans une opinion dissidente et dit que :

88. *Essais nucléaires (Australie vs France)* et *Essais nucléaires (Nouvelle Zélande vs France)* Mesures conservatoires, ordonnances du 22 juin 1973, (1973) C.I.J. Rapport, pp. 99, 106, 135, 142; *Essais nucléaires (Australie vs France)* et *Essais nucléaires (Nouvelle Zélande vs France)* (1974, C.I.J. Rapport, pp. 253 et 457. Pour une discussion de ces affaires, voir L.F.E. GOLDIE, « The Nuclear Test Cases: Restraints on Environmental Harm » (1974) 5 *Journal of Maritime L. Com.* p. 491; Thomas M. FRANCK, « Word Made Law: The Decision of the I.C.J. in the Nuclear Test Cases » (1975), p. 69, *American Journal of International Law*, p. 612; HANDL, *op. cit.*, note 19, *supra*, p. 50; SCHNEIDER, *op. cit.*, note 62, *supra*, pp. 41-42, 59-60.

S'il est admis d'une manière générale qu'on a le droit de demander qu'il soit interdit aux voisins d'émettre des fumées nuisibles, il faut en tirer la conséquence, par une évidente analogie, que le demandeur a le droit de prier la Cour d'accueillir sa demande tendant à ce que la France mette fin au dépôt de retombées radioactives sur son territoire⁸⁹ (*Note omise*).

Un commentateur envisageant la possibilité d'appliquer les affaires du *I'm Alone*, du *détroit de Corfou* et de la *fonderie de Trail* au fond de l'affaire des *Essais nucléaires*, a dit que :

La différence entre le contexte factuel des affaires du *détroit de Corfou* et de *I'm Alone*, d'une part, et de la *fonderie de Trail*, d'autre part, est que, dans le cas des deux premières, (1) la violation de la souveraineté n'avait pas de rapport avec l'utilisation de son propre territoire, celui de la Grande-Bretagne ou des États-Unis, alors que pour l'affaire de la *fonderie de Trail*, elle y était reliée; (2) dans les deux premières affaires, la violation de la souveraineté est la conséquence, le résultat et même le but recherché par la conduite qui est prohibée par une règle spécifique de droit international alors que dans la dernière, la violation de la souveraineté est la conséquence d'une activité illégale de l'État⁹⁰.

Il estimait que la seconde différence était la plus décisive. Dans la première, la responsabilité est définie en l'absence de preuve de l'existence de dommage matériel, alors que dans la seconde, la responsabilité de l'État ne peut être déterminée qu'à partir d'une preuve de l'existence d'un dommage matériel⁹¹.

Un autre commentateur des affaires des *Essais nucléaires* a écrit que les dommages pour empiètements sur les droits de l'État lésé qui ont été payés dans le passé n'étaient pas assez élevés et que

À la demande de l'État lésé, la Cour devrait établir aussi un régime de protection de droits qui interdirait totalement les essais nucléaires qui font l'objet de plaintes, ou qui les permettrait, mais dans une limite jugée absolument sécuritaire; une telle limite devrait par conséquent dépasser le niveau d'une « certitude » raisonnable⁹².

Dans ces réflexions, on relève des précisions importantes qui devraient retenir l'attention d'un tribunal international appelé à statuer sur une affaire de pollution atmosphérique transfrontière.

Principes et résolutions relatifs à la pollution transfrontière adoptés en 1974 et 1976 par l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE)

Le 14 novembre 1974, le Conseil de l'OCDE adoptait une résolution contenant des principes relatifs à la pollution transfrontière⁹³. Sans préjudice à leurs droits et

89. *Essais nucléaires (Australie vs France)* (1974) C.I.J. *Rapport*, pp. 253, 389.

90. HANDL, *op. cit.*, note 19, *supra*, pp. 65-66. La référence à l'affaire du *détroit de Corfou* concerne la réclamation de l'Albanie à l'encontre du Royaume-Uni pour violation de souveraineté causée par les actions de navires britanniques. L'affaire *I'm Alone* concernait, bien sûr, le naufrage d'un navire britannique inscrit au registre canadien causé par un navire américain en haute mer.

91. *Ibid.*, p. 66.

92. GOLDIE, *Hague Colloquium*, 1973, p. 103.

93. (1975) 14 *International Legal Materials*, p. 236.

devoirs internationaux et en accord avec leurs responsabilités découlant du principe 21 de la Déclaration de Stockholm, les pays sont tenus de rechercher, autant que possible, un équilibre juste de leurs droits et obligations en ce qui a trait aux zones intéressées par la pollution transfrontière.

Les pays doivent aussi prendre toutes les mesures appropriées pour prévenir et contrôler la pollution transfrontière et harmoniser le plus possible leurs politiques en la matière. Ils doivent chercher à prévenir toute augmentation de la pollution transfrontière y compris celle qui provient de substances et activités nouvelles, et à réduire, et même si possible éliminer toute pollution transfrontière qui se produit à l'intérieur de leurs juridictions dans des délais qui devront être spécifiés.

La résolution de l'OCDE introduit le principe important de la non-discrimination. En résumé, les pollueurs à l'origine d'une pollution transfrontière devraient être soumis à des dispositions de nature législative ou réglementaire qui ne soient pas moins sévères que celles qui s'appliqueraient à une pollution équivalente ayant lieu à l'intérieur de leurs pays, dans des conditions et des zones comparables, compte tenu, le cas échéant, du caractère et des besoins particuliers en matière d'environnement de la zone affectée. Les personnes touchées par une pollution transfrontière devraient également recevoir un traitement non moins favorable que les personnes victimes d'une pollution similaire dans le pays d'origine de la pollution.

Le principe d'égalité d'accès aux tribunaux stipule que les pays devraient déployer tous les efforts possibles pour introduire là où il n'existe pas encore, un système qui accorderait l'égalité d'accès aux tribunaux. D'après ce principe, aussitôt qu'un projet, une activité nouvelle ou une conduite est à même de créer un risque sérieux de pollution transfrontière et que les autorités publiques ont entrepris une enquête, ceux qui pourraient être affectés par une telle pollution devraient jouir des mêmes droits d'accès aux procédures judiciaires ou administratives au pays d'origine de la pollution que les nationaux. À titre d'exemple, ceci pose le délicat problème de l'établissement d'un mécanisme de révision de l'état de l'environnement, mécanisme qui, au Canada, demeure assez limité dans sa portée et ses effets.

De la même façon, chaque fois qu'un dommage dû à une pollution transfrontière est commis dans un pays, ceux qui s'en trouvent affectés devraient avoir les mêmes droits aux recours administratifs et judiciaires que les nationaux et leurs droits procéduraux devraient être identiques à ceux que l'on accorde aux citoyens de ce pays. Nous verrons que le Canada aurait, encore une fois, du mal à mettre en application une telle disposition.

Le Conseil de l'OCDE donna suite à la résolution de 1974 en adoptant, le 11 mai 1976, une autre résolution contenant des dispositions détaillées au sujet de « l'égalité du droit d'accès en matière de pollution transfrontière⁹⁴ ».

94. (1976) 15 *International Legal Materials*, p. 1218.

Déclaration conjointe du gouvernement du Canada et du gouvernement des États-Unis d'Amérique sur la pollution atmosphérique transfrontière (1979)

Le 26 juillet 1979, le Canada et les États-Unis font une déclaration conjointe⁹⁵ portant sur leur intention de négocier un accord sur la qualité de l'air à leur frontière commune. Dans cette déclaration, les deux pays notent que en raison de la complexité des aspects économique, scientifique et technique du problème et des différences qui caractérisent leurs structures législatives, la négociation d'un tel accord est une tâche de longue haleine. Ils reconnaissent que les deux pays contribuent à la pollution atmosphérique transfrontière, pollution qui comprend les « pluies acides » qui nuisent à l'environnement des États-Unis et du Canada et ils expriment leur certitude que la coopération demeure la meilleure façon de régler le problème.

La déclaration conjointe souligne que les relations entre le Canada et les États-Unis en matière d'environnement reposent sur une base solide d'obligations, d'engagements et de pratiques coopératives communes. Ils citent à cet effet leur participation au traité de 1909 relatif aux eaux limitrophes⁹⁶ et leur appui au principe 21 de la Déclaration de Stockholm. Après avoir fait allusion aux mesures de coopération prises concernant la pollution atmosphérique transfrontière, particulièrement dans le cadre de l'accord de 1978 sur la qualité de l'eau dans les Grands Lacs⁹⁷, ils attirent l'attention sur l'établissement en 1978 d'un Conseil bilatéral consultatif de recherche sur le transport de polluants atmosphériques sur de longues distances qui coordonne les efforts de recherche dans les deux pays, ainsi que leur appel à la CMI pour l'étude de certains aspects de la pollution atmosphérique transfrontière.

Il est encourageant pour ceux qui ont longtemps douté de la contribution significative des sentences arbitrales de la *fonderie de Trail* au développement du droit international de voir que le Canada et les États-Unis sont maintenant d'accord pour dire que les principes et les pratiques suivants (dont certains sont issus de ces sentences) devraient être examinés lors de l'élaboration d'un accord bilatéral sur la qualité de l'air :

1. Prévention et réduction de la pollution atmosphérique transfrontière dont les effets nuisibles sont tels qu'ils constituent un danger pour la santé humaine, les ressources biologiques et les écosystèmes, et compromettent ou empêchent l'utilisation des commodités et d'autres utilisations légitimes de l'environnement.
2. Stratégies de contrôle destinées à prévenir et à réduire la pollution atmosphérique transfrontière, y compris la limitation des émissions par l'utilisation de techniques de contrôle dans le cas d'installations nouvelles, modifiées substantiellement, et s'il y a lieu, déjà existantes.

95. Communiqué du Ministère des Affaires extérieures, No. 58, 26 juillet 1979. « Pourparlers canado-américains sur la pollution atmosphérique transfrontière » Annexe intitulée « Déclaration conjointe du Gouvernement du Canada et du Gouvernement des États Unis sur la pollution atmosphérique ».

96. 29 S.R.C. 1970, c. 1-20.

97. *Recueil des traités du Canada*, 1978, no 20.

3. Utilisation accrue de la notification et de la consultation sur des sujets présentant des risques réels ou possibles de pollution atmosphérique transfrontière.
4. Accroissement des échanges d'informations scientifiques et de la coopération en matière de recherche et de développement concernant les processus de pollution atmosphérique transfrontière, leurs incidences, et les techniques de contrôle des émissions.
5. Accroissement des efforts de surveillance et d'évaluation afin de saisir la pleine portée du phénomène de la pollution atmosphérique transfrontière.
6. Évaluation coopérative des tendances écologiques à long terme et de leurs incidences sur les problèmes de la pollution atmosphérique transfrontière.
7. Prise en compte de questions comme les arrangements institutionnels, l'égalité d'accès, la non-discrimination, la responsabilité et l'indemnisation, selon qu'elles sont appropriées à un accord.
8. Prise en compte des mesures visant à appliquer un accord.

Conclusion

Ce survol bien incomplet des événements qui sont survenus depuis l'affaire de la *fonderie de Trail* indique que les sentences arbitrales en question ont largement contribué à la création de nouvelles règles du droit international en matière de pollution atmosphérique transfrontière. Premièrement, la règle fondamentale de la *fonderie de Trail* en matière de responsabilité internationale dans le domaine de la pollution transfrontière est maintenant englobée dans le principe 21 de Stockholm qui a été accepté par le Canada et les États-Unis et a beaucoup influencé la réflexion internationale actuelle sur les problèmes de pollution transfrontière. Deuxièmement, ainsi qu'il ressort de la déclaration conjointe Canada-États-Unis de 1979, l'idée d'une coopération étroite entre les deux pays pour empêcher ou réduire la pollution de l'air dont il était question peut maintenant s'appliquer à d'autres cas de pollution de l'air transfrontière entre les deux pays comme dans l'exemple de la « pluie acide » où les deux pays sont à la fois source de pollution et victime de pollution.

On devra faire appel à l'aide de scientifiques et de techniciens pour la rédaction et la mise en application d'un accord à partir de nombreux points mentionnés dans la déclaration conjointe de 1979. Mais certains problèmes découlant du droit lui-même seront encore plus difficiles à résoudre. Dans les pages qui suivent, nous essaierons donc de voir brièvement dans quelle mesure le droit canadien permet à une victime américaine, réelle ou éventuelle, d'avoir accès sur une base non discriminatoire au mécanisme d'examen de l'état de l'environnement (EARP) en vigueur au Canada, ou à des tribunaux canadiens, pour obtenir réparation par voie d'injonction ou pour être indemnisée.

V - POSITION ACTUELLE EN MATIÈRE DE POLLUTION ATMOSPHÉRIQUE TRANSFRONTIÈRE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS

Nous avons fait allusion précédemment à la déclaration commune du Canada et des États-Unis qui met l'accent sur le contrôle des polluants atmosphériques en vue de prévenir ou de réduire la pollution atmosphérique transfrontière. Il se peut que ces deux pays arrivent à trouver une meilleure approche de ces problèmes de pollution en se fondant sur les progrès accomplis depuis l'affaire de la *fonderie de Trail*, comme l'adoption des principes de Stockholm et les principes de l'OCDE.

Parmi les sujets de discussion les plus complexes, mentionnons 1) l'égalité d'accès et la non-discrimination, et 2) la responsabilité et l'indemnisation. Nous allons maintenant considérer ces questions à la lumière de l'expérience canadienne.

Égalité d'accès et non-discrimination

À court terme, le Canada devra faire de grands progrès avant que les citoyens américains affectés par des polluants atmosphériques venant du Canada puissent obtenir l'égalité d'accès sur une base non-discriminatoire au mécanisme d'examen de l'état de l'environnement (EARP). C'est, qu'en ce moment, l'EARP est de portée très réduite et que le processus est de nature largement discrétionnaire, à la fois à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial⁹⁸. Par conséquent, le droit d'accès à l'EARP est très restreint en ce qui a trait au grand public.

Il existe une procédure non réglementaire fédérale⁹⁹ qui a été approuvée par une directive du Cabinet en 1974 et révisée en 1975, selon laquelle des déclarations concernant l'impact écologique de certains projets seraient requises lorsque ces projets sont de nature à causer des dommages à l'environnement. Cette procédure ne s'applique que pour les projets fédéraux et elle est de portée réduite.

À première vue, le *Environment Assessment Act*¹⁰⁰ de l'Ontario, approuvé en 1975, apparaît très prometteur si l'on en croit son titre. Mais, en réalité la promesse du titre n'est pas entièrement tenue. Seuls les projets gouvernementaux qui ne sont pas désignés comme exceptions sont couverts par la loi; pour que des projets privés soient également couverts, une intervention *ad hoc* du gouvernement est nécessaire.

La plupart des provinces, dont l'Ontario, ont des règlements qui permettent d'évaluer l'environnement de façon restreinte pour ce qui est de la pollution de l'air

98. Pour des informations détaillées sur cet aspect, voir Paul D. EDMOND, *Environmental Assessment Law in Canada*, Toronto, 1978; Robert T. FRANSON et Alastair R. LUCAS, *Canadian Environmental Law*, vol. 1, *Environmental Law Commentaries, Digest of Cases*, Chapitre (9); R.T. FRANSON et P.T. BURNS, « Environmental Rights for the Canadian Citizen: A Prescription for Reform » (1974), 12 *Alberta Law Review* p. 153; Alastair R. LUCAS, « Legal Foundations for Public Participation in Environmental Decision Making » (1976), 16 *Natural Resources Journal* p. 73.

99. *A Procedure for the Implementation of a Federal Environmental Assessment Review and Protection Process*, Interdepartmental Committee on the Environment (septembre, 1974), révisée dans le *Guide to the Environmental Assessment and Review Process* (E.A.R.P., 1977).

100. *Statutes of Ontario* (1975), c. 69.

et de l'eau¹⁰¹. L'Alberta et le Québec ne se sont donnés que des pouvoirs discrétionnaires pour évaluer certains types de phénomènes. La Colombie Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan et le Manitoba n'ont fait connaître que des énoncés de politiques. Malheureusement, la procédure d'évaluation écologique est principalement orientée vers l'impact produit après le fait et ce processus risque de devenir une simple méthode pour communiquer au public de l'information au sujet d'un projet plutôt que pour influencer l'orientation future du projet.

Puisque les compétences en matière d'environnement sont divisées entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux, il serait bon d'étudier les changements législatifs à apporter pour qu'un accès égal au mécanisme de protection de l'environnement soit accordé aux citoyens américains qui veulent consulter les autorités au sujet des projets qui risquent de causer une pollution atmosphérique transfrontière¹⁰². On peut ajouter qu'étant donné la nature non-obligatoire du mécanisme canadien, il y a peu d'espoir que les tribunaux acceptent de s'occuper de l'accès à celui-ci.

Responsabilité et indemnisation

La règle de *Moçambique* (c'est-à-dire la règle du « recours local ») mentionnée précédemment¹⁰³ ne permet pas de croire qu'un Américain victime d'un dommage dû à des polluants atmosphériques venant du Canada pourrait demander à des tribunaux canadiens de lui accorder une indemnité ou une injonction. Il semblerait, par ailleurs, qu'un demandeur américain ait accès à un tribunal canadien si la pollution atmosphérique transfrontière causait un dommage à sa personne ou à ses biens qui ne soit pas la conséquence d'un dommage à un terrain¹⁰⁴.

Conclusion

Il faudra imaginer des solutions originales si l'on veut surmonter les déficiences actuelles du droit canadien de sorte que des Américains, victimes d'une pollution transfrontière venant du Canada, puissent avoir accès aux agences administratives canadiennes dans le cas de dommages à des terres situées aux États-Unis.

101. *Environmental Impact Assessments in Canada. A Review of Current Legislation and Practice*: compilation de David H.C. KETTLE, Environment and Land Use Secretariat, Gouvernement de la Colombie Britannique (Victoria, C.B., février 1977).

102. On peut trouver une bonne vue d'ensemble des problèmes constitutionnels en consultant, FRANSON et LUCAS, *op. cit.*, note 98 *supra*, pp. 251-277.

103. À la note 44.

104. On a souligné que « la jurisprudence canadienne tend à être inutilement restrictive pour ce qui est de certaines catégories de réclamations particulièrement lorsqu'il s'agit de poursuites *in rem* (i.e. concernant des terrains), tandis que les autorités américaines le sont beaucoup moins » (FAIRLEY, *op. cit.*, note 44, *supra*, p. 271). Il semblerait qu'un plaignant canadien serait plus à même d'intenter une poursuite pour dommages à son terrain, aux États-Unis, qu'un plaignant américain qui voudrait en faire de même au Canada. (McCAFFREY, *op. cit.*, note 44, *supra*, p. 258).

VI - REMARQUES FINALES

On peut difficilement mettre en doute l'influence marquante de l'*arbitrage de la fonderie de Trail* sur le développement du droit international et son apport particulier en vue d'une meilleure formulation de règles nouvelles de droit international en matière de pollution atmosphérique transfrontière.

La Convention de 1935 qui mit sur pied le Tribunal représente un point tournant en ce sens qu'elle permit non seulement au Tribunal de délimiter le domaine du droit, mais aussi parce qu'elle constitue un précédent dans la conduite entre États qui influença beaucoup les futures discussions au sujet de l'approche à suivre dans des problèmes de pollution transfrontière.

Le Tribunal exploita pleinement le domaine du droit et le dépassa même lorsque, faisant preuve d'imagination, il traduisit la reconnaissance par le Canada de sa responsabilité en une règle de droit international et non en une règle découlant de la Convention de 1935. Les répercussions du pas de géant franchi par le Tribunal sont encore ressenties et ont favorisé le cheminement quelque peu prudent de la communauté internationale vers l'acceptation d'une règle de la responsabilité en matière de pollution transfrontière. Il reste maintenant à mettre à jour les concepts de la *fonderie de Trail* à la lumière des progrès technologiques. Le seuil de tolérance à la pollution de l'air, par exemple, serait aujourd'hui beaucoup moins élevé qu'à l'époque où furent prises les décisions dans l'affaire de la *fonderie de Trail*, à cause de découvertes actuelles et futures sur les effets nuisibles de la pollution (e.g. sous forme de pluie acide).

Ceux qui furent mêlés à l'arbitrage de la *fonderie de Trail* firent preuve d'ingéniosité et d'imagination dans la recherche d'une solution à un problème de pollution transfrontière. Il revient à leurs successeurs au cours des années quatre-vingts de bâtir, à partir des fondations établies par l'affaire de la *fonderie de Trail*, un corps de règles de droit international qui permette de dépasser la crise écologique moderne¹⁰⁵. [Traduit de l'anglais].

105. Voir, par exemple, (1) *American Bar Association and Canadian Bar Association, Settlement of International Disputes between Canada and the USA*, le 20 septembre 1979; cette publication contient un projet de traité sur l'égalité d'accès et de recours dans les cas de pollution transfrontière, et (2) *Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution*, signée par le Canada, à Genève, le 13 novembre 1979.