



## Assemblée générale

Distr. générale  
7 mars 2006  
Français  
Original: anglais

---

### Commission du droit international

#### Cinquante-huitième session

Genève, 1<sup>er</sup> mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006

**Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)**

**Troisième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses**

**Pemmaraju Sreenivasa Rao, Rapporteur spécial\***

---

\* Le Rapporteur spécial tient à exprimer ses remerciements au Max-Planck-Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht de Heidelberg (Allemagne) qui l'a accueilli pour la rédaction de son troisième rapport. Il remercie aussi le professeur Dinah Shelton de la George Washington Law School de Washington qui a demandé à ses étudiants de rédiger des mémoires sur la législation et la pratique de différents pays se rapportant aux questions à l'examen. Il aimerait aussi faire part de sa reconnaissance à Ilias Plakokefalos de la faculté de droit de l'Université d'Athènes (Grèce) pour ses travaux de recherche qui l'ont aidé au cours de la rédaction du présent rapport.



## Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction .....	1–2	3
II. Commentaires et observations des gouvernements sur le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses .....	3–22	4
A. Tendances significatives .....	3–4	4
B. Précisions sur certains points soulevés .....	5–22	7
1. Question du seuil .....	7–8	8
2. Précisions sur la liste d'activités qui relèvent du champ d'application du sujet .....	9	9
3. Élargissement de la portée du sujet .....	10	10
4. Dommage à l'environnement et réclamations pour dommages à des valeurs autres que celle des services rendus .....	11–14	11
5. Multiplicité des réclamations .....	15–18	13
6. Statut juridique du projet de principes .....	19–22	15
III. Examen de certains points saillants des projets de principes .....	23–37	17
A. Mesures ou principe de précaution .....	24–26	18
B. Le principe du pollueur-payeur : responsabilité objective et limitée de l'exploitant .....	27–30	20
C. Obligations notables des États .....	31–32	24
D. Le principe de non-discrimination et les normes minimales .....	33–35	25
E. Assurer une indemnisation prompte et adéquate .....	36–37	27
IV. Forme finale des projets de principes .....	38–44	28
V. Relation entre les projets de principes et les projets d'articles sur la prévention ..	45–46	30

## I. Introduction

1. À sa cinquante-sixième session, en 2004, la Commission du droit international a adopté, en première lecture, le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses<sup>1</sup>. Au paragraphe 3 de la résolution 59/41 et de la résolution 60/22, l'Assemblée générale a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il importait qu'ils communiquent à la Commission leurs vues sur les projets de principes. Dans l'ensemble, les délégations qui participaient au débat sur le rapport de la Commission à la Sixième Commission à la cinquante-neuvième session de l'Assemblée générale des Nations Unies ont bien accueilli le projet de principes. Certaines se sont félicitées de ce que la Commission ait pu le produire rapidement, dans l'année qui avait suivi l'observation faite par l'Assemblée générale qu'il était important que la Commission s'acquitte de la partie restante de son mandat au titre du point « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international »<sup>2</sup>. On se rappellera qu'à sa cinquante-sixième session, en 2001, l'Assemblée générale, tout en rendant hommage à la Commission pour avoir avancé les travaux concernant le volet « prévention »<sup>3</sup>, a prié la Commission de reprendre l'examen du volet « responsabilité (*liability*) », en tenant compte des liens entre les volets « prévention » et « responsabilité », de l'évolution du droit international et des observations des gouvernements<sup>4</sup>. Outre les commentaires formulés à la Sixième Commission, certains gouvernements ont aussi transmis par écrit leurs commentaires sur le projet de principes relatifs à la répartition des pertes dont la Commission avait terminé la première lecture en 2004<sup>5</sup>.

2. Dans le présent rapport, le Rapporteur spécial analyse les questions qui devraient être traitées par la Commission au titre de la deuxième lecture du projet de principes, à la lumière des commentaires et observations des gouvernements. Dans certains cas, des gouvernements ont fait des suggestions de rédaction précises. Il n'en est pas tenu compte dans le présent rapport. La Commission ne manquera pas de les étudier en temps voulu dans le cadre de son Comité de rédaction.

---

<sup>1</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/59/10), par. 175.

<sup>2</sup> Voir la déclaration des Pays-Bas dans A/C.6/59/SR.17.

<sup>3</sup> Pour le texte du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), par. 97.

<sup>4</sup> Résolution 56/82.

<sup>5</sup> A/CN.4/562.

## II. Commentaires et observations des gouvernements sur le projet de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses

### A. Tendances significatives

3. Les tendances suivantes semblent se dégager d'une analyse des commentaires et observations formulés par les gouvernements dans leurs réponses écrites et leurs déclarations à la Sixième Commission sur le projet de principes :

a) De façon générale, les États se félicitent de l'idée, dont la Commission est partie, que le projet devrait être général et supplétif, pour laisser aux États la marge de manœuvre nécessaire pour concevoir des régimes de responsabilité adaptés à tel ou tel secteur d'activité, compte tenu des circonstances particulières pertinentes<sup>6</sup>;

b) Les gouvernements sont largement d'avis de faire peser la responsabilité principale sur l'exploitant, c'est-à-dire sur la personne qui assure la direction ou le contrôle de la gestion du risque au moment où survient l'incident à l'origine du dommage transfrontière<sup>7</sup>;

c) Vu la nature des activités auxquelles il est envisagé d'appliquer le projet, à savoir les activités dangereuses, les gouvernements soutiennent le principe de la responsabilité objective de l'exploitant. Il est entendu que la responsabilité de l'exploitant est limitée et que ce principe admettrait des exceptions, lesquelles devraient pourtant être peu nombreuses<sup>8</sup>. C'est dans ces conditions qu'il a été suggéré de prévoir une présomption simple de causalité entre l'activité dangereuse et le dommage transfrontière. Ainsi la charge de la preuve pèserait-elle sur l'exploitant, à qui il appartiendrait d'établir qu'il n'est pas responsable<sup>9</sup>;

d) Considérant que la meilleure solution résidait dans la responsabilité objective mais limitée de l'exploitant, plusieurs gouvernements soutenaient la possibilité d'un financement supplémentaire assuré à l'aide de différentes sources aux fins de la répartition des pertes et pour minimiser autant que faire se peut la charge imposée aux victimes du dommage transfrontière en raison de la

<sup>6</sup> Voir A/CN.4/549/Add.1, par. 5. L'Allemagne doutait pourtant de l'intérêt d'une approche souple, car le régime suggéré par la Commission ne serait pas, à son avis, directement applicable. Voir A/C.6/59/SR.18.

<sup>7</sup> A/CN.4/549/Add.1, par. 63. Voir également les commentaires écrits du Pakistan dans A/CN.4/562, sect. A, et de l'Ouzbékistan, ibid. Dans ses commentaires écrits adressés au Secrétaire général (désignés ci-après « Commentaires du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord du 27 février 2006 »), le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, qui soutenait fermement le principe de la responsabilité de l'exploitant et le principe « pollueur-payeur », se disait opposé à l'idée d'imposer une responsabilité, ne serait-ce que secondaire ou supplétive, à l'État.

<sup>8</sup> Voir les commentaires de l'Autriche dans A/C.6/59/SR.18. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a néanmoins suggéré d'énoncer en des termes moins rigides le régime de responsabilité et pensait qu'un tel régime ne serait peut-être pas applicable à toutes les activités dangereuses sans exception (commentaires du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord du 27 février 2006).

<sup>9</sup> Voir également les commentaires écrits du Mexique dans A/CN.4/562, sect. C.

responsabilité limitée de l'exploitant. À cet égard, il a été envisagé de faire participer l'État d'origine aux mécanismes de financement supplémentaires qui pourraient être prévus<sup>10</sup>. Rappelant le devoir de l'État d'origine de veiller à ce que toute activité dangereuse menée sur son territoire ou en des lieux placés sous sa juridiction exclusive et son contrôle le soit avec son autorisation préalable et que cette autorisation préalable soit conditionnée à l'obligation de l'exploitant de faire de son mieux pour gérer le risque de dommage transfrontière, les gouvernements font valoir que l'exploitant devrait être aussi prié de se doter des moyens financiers nécessaires pour satisfaire les demandes d'indemnisation en cas de dommage transfrontière. L'exploitant pourrait répondre à cette exigence en souscrivant une assurance appropriée ou en obtenant des garanties bancaires ou autres cautionnements financiers appropriés<sup>11</sup>;

e) L'importance de l'accès aux recours a été aussi soulignée; l'État d'origine et les autres États intéressés devraient permettre aux victimes d'un dommage transfrontière d'avoir accès sans discrimination aux instances judiciaires et administratives pour leur présenter leurs demandes d'indemnisation et se prévaloir des voies de recours ouvertes aux victimes du même dommage ressortissantes de l'État d'origine<sup>12</sup>. L'idée de prévoir des normes minimales en matière de recours et d'indemnisation dont toutes les victimes de dommages découlant de l'activité dangereuse pourraient se prévaloir et exigeant des États qu'ils incorporent des dispositions en ce sens dans leur droit interne a été soutenue<sup>13</sup>. En d'autres termes, il n'est plus considéré acceptable en droit international qu'un État autorise sur son territoire une activité dangereuse qui présente le risque de causer des dommages transfrontières en l'absence d'une législation garantissant dans le même temps des voies de recours et une indemnisation appropriées en cas d'incident causant des dommages transfrontières. Cette obligation est toutefois interprétée, selon un point de vue, comme le devoir de l'État de faire de son mieux, sans préjudice de la situation particulière du pays ou des pays intéressés<sup>14</sup>;

f) La définition générale donnée du dommage qui s'entend d'une atteinte à des personnes, à des biens ou à l'environnement lui-même dans la limite des juridictions nationales s'est aussi attiré des commentaires favorables<sup>15</sup>. Des

<sup>10</sup> A/CN.4/549/Add.1, par. 66, 68, 90 et 91. Voir également les commentaires du Portugal, de la Fédération de Russie, de la Sierra Leone et du Mexique dans A/C.6/59/SR.19 et 25. Pour le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, il serait toutefois problématique d'imposer une responsabilité supplétive quelconque à l'État (voir A/C.6/59/SR.18). Le Kenya pensait que le rôle de l'État devrait être plus limité et que le commentaire devrait bien préciser que l'État d'origine n'est pas tenu de créer des fonds (voir A/C.6/59/SR.21).

<sup>11</sup> Déclaration de l'Allemagne dans A/C.6/59/SR.18. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a noté qu'il n'était pas facile de contracter une assurance ou d'obtenir d'autres garanties financières et que cette exigence ne devrait pas être imposée en des termes trop stricts (commentaires du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord du 27 février 2006).

<sup>12</sup> Selon le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, l'accès aux voies de recours administratives et judiciaires nationales des auteurs de réclamations pour dommage transfrontière relevait du droit international privé et devrait obéir à ses principes (commentaires du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord du 27 février 2006).

<sup>13</sup> Déclaration des Pays-Bas dans A/C.6/59/SR.17. Voir également les commentaires écrits des Pays-Bas dans A/CN.4/562, sect. E.

<sup>14</sup> Voir la déclaration de l'Inde dans A/C.6/59/SR.18. Voir également A/CN.4/549/Add.1, sect. E.

<sup>15</sup> Quelques délégations ont formulé des objections à l'inclusion de l'atteinte à l'environnement

gouvernements ont suggéré d'inclure les dommages à l'indivis mondial dans les zones situées au-delà des juridictions nationales, dans la mesure où de tels dommages pourraient être directement imputés à l'activité dangereuse en question<sup>16</sup>. Cependant, de l'avis de certains gouvernements, les questions de la qualité pour agir en cas de dommage à l'environnement lui-même et du type de réclamations qui seraient recevables, y compris celles faisant valoir « un intérêt autre que celui des services rendus », n'ont pas été réglées et peut-être vaudrait-il mieux laisser à chaque pays le soin de les examiner et d'adopter la législation nécessaire<sup>17</sup>;

g) Les gouvernements ont aussi donné leur aval aux projets de principes 5 (Mesures d'intervention), 7 (Élaboration de régimes internationaux spéciaux) et 8 (Application)<sup>18</sup>.

4. Pour conclure, le Rapporteur spécial a le sentiment que les États partagent les considérations d'ordre général sur la base desquelles la Commission a déjà adopté le projet de principes en première lecture. Certains désaccords ou divergences de vues demeurent malgré tout sur la forme que ces principes devraient revêtir. Un groupe d'États jugeait indispensable d'en faire des projets d'articles rédigés en des termes aussi stricts que possible. Par contre, un autre groupe d'États estimait qu'il faudrait conserver la forme adoptée en première lecture; les projets de principes pourraient

---

comme telle dans la définition du dommage dans le projet de principe 2, au motif que les pertes économiques visées à l'alinéa a) iii) du projet de principe 2 se prêtaient difficilement à une quantification monétaire, sans compter qu'il ne serait pas facile d'établir la qualité pour agir, pas plus que le lien de causalité existant entre l'activité visée et l'atteinte à l'environnement (voir A/CN.4/549/Add.1, par. 77). Mais il ne s'agit pas de problèmes insolubles. Voir ci-dessous la section 2 d) et le commentaire relatif au projet de principe 2, par. 12, commentaires se rapportant au projet de principes adopté en première lecture en 2004, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)* (désignés ci-après « Commentaires »).

<sup>16</sup> Voir les déclarations de l'Italie et de la Nouvelle-Zélande dans A/C.6/59/SR.17. Voir également les commentaires écrits des Pays-Bas dans A/CN.4/562, sect. D.

<sup>17</sup> Voir A/CN.4/549/Add.1, par. 6. Voir les déclarations de la Chine, de la Fédération de Russie et de l'Inde dans A/C.6/59/SR.17 à 19. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord pensait que, vu les complexités en jeu dans les questions de la qualité pour agir et de la quantification des dommages à l'environnement lui-même, mieux vaudrait exposer ces problèmes dans le commentaire. Il était aussi d'avis que les réclamations des États concernant de tels dommages devraient être exclues du champ d'application du projet de principes et que celui-ci ne devrait porter que sur les réclamations des particuliers (commentaires du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord du 27 février 2006).

<sup>18</sup> A/CN.4/549/Add.1, par. 65. Voir également les commentaires écrits des Pays-Bas, de la République tchèque, du Mexique, des États-Unis d'Amérique et de l'Ouzbékistan, dans A/CN.4/562, sect. F. Selon ces commentaires, si l'orientation du projet de principes est acceptable, il demeure qu'il peut être amélioré et que les points litigieux méritent des mises au point; des suggestions précises ont été faites à ce sujet. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a noté que le projet de principe 5 n'était pas suffisamment clair en ce qui concerne le devoir de l'État de prendre des mesures d'intervention, que le projet de principe 4 devrait imposer à l'exploitant le devoir de prendre des mesures correctives, comme le prévoit la Directive européenne correspondante, s'agissant du projet de principe 7, qu'il était important d'encourager des instruments non contraignants à la fois entre les États et entre les entités non étatiques, car il n'était pas toujours facile de s'entendre sur des instruments contraignants et, en ce qui concerne le projet de principe 8, que la question de l'application relevait de la compétence des États et ne devrait pas être traitée dans le projet de principes (commentaires du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord du 27 février 2006).

fournir des directives nécessaires aux États qui négocient des traités ou des accords sur des secteurs bien précis d'activité ou réglementent des domaines particuliers où de telles activités sont menées. Toute autre forme, selon ce point de vue, serait incompatible avec le point de vue général et supplétif que la Commission avait adopté et que dans l'ensemble les États avaient fait leur. Il reste donc à examiner la question de la forme sur laquelle la Commission a réservé sa position au moment où elle a adopté le projet de principes en première lecture avant qu'elle n'achève sa deuxième et dernière lecture. Le Rapporteur spécial traite de ce point dans la section C du présent rapport.

## B. Précisions sur certains points soulevés

5. Dans leurs commentaires, les États ont aussi demandé d'autres éclaircissements. Ainsi, certaines délégations se sont interrogées sur la décision de la Commission de prévoir la mise en œuvre du régime proposé uniquement en cas de dommage significatif<sup>19</sup>. Par ailleurs, tandis que le projet de principes traite des activités dangereuses qui relèvent de son champ d'application, l'idée a été exprimée qu'il serait utile de dresser, à titre indicatif, une liste de ces activités dans le commentaire<sup>20</sup>. Il a aussi été suggéré d'étendre la portée du projet de principes à la responsabilité pour dommage transfrontière causé à des États neutres en cas de guerre entre deux ou plusieurs États, à la responsabilité découlant d'une activité dangereuse engagée par des terroristes et à la responsabilité découlant du stockage d'eau dans des barrages<sup>21</sup>. D'autres éclaircissements visaient la définition des termes employés, en particulier la définition générale du dommage, les liens avec le projet d'articles sur la responsabilité des États pour des actes internationalement illicites et le droit d'un État d'engager une procédure en tant que victime pour des dommages causés à des biens publics, les méthodes et les moyens d'assurer une indemnisation prompte et adéquate et le rôle du principe « pollueur-payeur » et du principe de précaution. Certains États mettaient en garde contre la multiplicité de réclamations que le régime proposé pourrait entraîner<sup>22</sup> et qui pourraient s'expliquer par les mêmes griefs contre un exploitant et l'État dont il relève ou contre un État et un exploitant relevant d'une autre juridiction ou contre un exploitant relevant de juridictions multiples en même temps. D'autres demandaient des éclaircissements sur l'état du projet de principes et estimaient que l'exercice de la Commission allait au-delà de la codification et du développement progressif au sens traditionnel de ces termes<sup>23</sup>. On a fait observer que le projet de principes constituait « de toute

---

<sup>19</sup> Voir les commentaires écrits des Pays-Bas dans A/CN.4/562, sect. C. Les pays nordiques ont aussi formulé des objections à l'emploi du seuil « significatif » dans la définition du dommage aux fins du projet de principes (voir A/CN.4/549/Add.1, par. 73). Voir également les commentaires écrits du Pakistan dans A/CN.4/562, sect. A. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en revanche a suggéré d'élever le seuil au « dommage grave », et ce, uniquement au dommage grave prévisible (commentaires du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord du 27 février 2006).

<sup>20</sup> Voir les commentaires écrits du Pakistan dans A/CN.4/562, sect. A.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Voir les commentaires écrits de la République tchèque dans A/CN.4/562, et la déclaration du Royaume-Uni dans A/C.6/59/SR.18 et Commentaires du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord du 27 février 2006.

<sup>23</sup> Voir la déclaration du Royaume-Uni dans A/C.6/59/SR.18. Voir également A/CN.4/549/Add.1, par. 62.

évidence une innovation et un objectif à atteindre » et n'était « pas une reprise du droit en vigueur ou de la pratique des États »<sup>24</sup>.

6. Le Rapporteur spécial croit bon de régler un certain nombre de ces questions dans les paragraphes qui suivent.

### 1. Question du seuil

7. S'agissant tout d'abord de l'observation qui a été faite qu'il ne faudrait pas fixer de seuil dans le cas du dommage transfrontière même si ce seuil est jugé utile et nécessaire aux fins du projet d'articles sur la prévention, il suffit de relever que la question a été débattue à diverses étapes de l'examen du sujet, en particulier avant qu'il ne soit scindé en deux volets, prévention et responsabilité, et qu'à chaque fois un seuil a été jugé nécessaire<sup>25</sup>. À cet égard, il faut noter qu'à l'exception possible de la contamination radioactive, les États tolèrent une certaine pollution dans leurs relations mutuelles et qu'il est généralement considéré que cette pollution ne peut constituer matière à procès que si elle est significative<sup>26</sup>. Si le seuil « significatif » est désormais de mieux en mieux accepté dans le cadre du sujet de la responsabilité internationale, il est clair qu'il « correspond à des critères concrets et objectifs et suppose un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté »<sup>27</sup>. Ainsi, une privation qui est considérée significative à un moment donné ou dans une région donnée peut ne pas être nécessairement qualifiée de telle à un autre moment ou dans une autre région. Fixer un seuil s'inscrit donc dans une orientation générale largement partagée au sein de la Commission tout au long de l'examen du sujet. De plus, il ne faudrait pas perdre de vue que le seuil est conçu pour prévenir le dépôt de réclamations frivoles ou abusives et est défini de façon à permettre pratiquement toutes les réclamations qui concernent un dommage autre que négligeable. Dans ces conditions, il ne semble pas y avoir de raison impérieuse de revenir sur la position de la Commission tendant à conserver le seuil du « dommage significatif » dans la partie du sujet qui traite de la « responsabilité ».

<sup>24</sup> Voir les commentaires écrits des États-Unis d'Amérique dans A/CN.4/562, sect. A.

<sup>25</sup> Voir A/CN.4/487, par. 87 à 98. Tandis que Quentin-Baxter proposait un seuil plus élevé de « dommage substantiel », le projet d'article 2 a) adopté provisoirement en 1994 suggérait un seuil inférieur de « dommage significatif », que le Groupe de travail de 1996 de la Commission a approuvé. On a alors précisé que la notion de dommage « significatif » renvoyait à un dommage plus que « détectable » ou « notable », mais pas nécessairement « grave » ni « substantiel ». Qui plus est, il s'agissait d'un dommage qui n'était ni minime ni négligeable (ibid., par. 97, note 128). Il a également été suggéré qu'étant donné que les activités visées n'étaient pas interdites par le droit international, le seuil de l'intolérance aux dommages ne pouvait être fixé à un niveau moindre que « significatif » (ibid., par. 97).

<sup>26</sup> Voir Phoebe N. Okowa, *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law* (Oxford, OUP, 2000), p. 176. Rene Lefebvre, *Transboundary Environmental Interference and the Origin of State Liability* (La Haye, Kluwer Law International, 1996), p. 86 à 89, prend acte du besoin ressenti d'un seuil et se penche sur l'argumentation à la base du seuil de « dommage significatif » et sur les moyens possibles d'en expliquer le sens. Voir également J. G. Lammers, *Pollution of International Watercourses* (Martinus Nijhoff Pub. 1984), p. 346 et 347, et R. Wolfrum, « Purposes and Principles of International Environmental Law », *Annuaire allemand de droit international*, vol. 33 (1991) 308-330, p. 311. Voir également les Directives de la Commission économique pour l'Europe de 1990 sur le régime de responsabilité de la pollution de l'eau transfrontière.

<sup>27</sup> A/CN.4/487, par. 98.

8. On a fait observer par ailleurs que définir un seuil pourrait violer le principe de la non-discrimination. Cette observation repose sur l'idée que les ressortissants des États d'origine auraient le droit d'être indemnisés de dommages même insignifiants alors que les victimes d'un dommage transfrontière auraient droit à une indemnisation uniquement en cas de dommage significatif. Ce pourrait être un problème plus théorique qu'actuel ou pratique en l'absence de tout élément illustrant la pratique des États. Quoi qu'il en soit, le droit international n'admet pas certaines formes de discrimination dans le traitement des ressortissants et des étrangers. Dans la mesure où le traitement obéit à la norme minimale sanctionnée par le droit international, en l'occurrence le principe de l'indemnisation pour dommage transfrontière significatif, on peut faire valoir qu'il n'y a pas violation du principe de non-discrimination, si, en droit interne, les ressortissants peuvent prétendre à une indemnisation alors même qu'ils n'ont pas subi de dommage significatif<sup>28</sup>. Dans une perspective différente, on ne peut exclure qu'un État accorde aux étrangers le même traitement que celui dont bénéficient ses ressortissants, que ce soit pour respecter le principe de non-discrimination ou parce qu'il tient à réserver aux victimes étrangères un traitement plus généreux que celui requis ou prévu par le droit international<sup>29</sup>.

## 2. Précisions sur la liste d'activités qui relèvent du champ d'application du sujet

9. Deuxièmement, en ce qui concerne la question de savoir s'il serait utile de dresser une liste d'activités susceptibles d'être considérées comme relevant de la portée du projet de principes, il y a lieu de se reporter au paragraphe 3 du commentaire relatif au projet de principe premier<sup>30</sup>. La Commission, qui a examiné attentivement la question, s'est prononcée contre cette idée. Il est difficile en effet

<sup>28</sup> Brownlie a fait observer dans un contexte différent mais à propos de la norme de traitement national que « l'accès aux tribunaux peut être maintenu, sous réserve de règles modifiées sur des points de détail : ainsi, un étranger peut ne pas avoir accès à l'aide juridictionnelle et peut avoir à avancer une caution. Des régimes différents peuvent naturellement être instaurés par traité. Les principes les plus couramment employés en la matière sont les suivants : principes de réciprocité, de la porte ouverte, du bon voisinage et du traitement identique, de l'égalité de traitement avec les nationaux, du traitement de la nation la plus favorisée, du traitement équitable et du traitement préférentiel. » Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (Sixth Edition, 2003), p. 502. Oscar Schachter, « International Law in Theory and Practice » : cours général de droit international public, Recueil des cours, 1982, vol. 178 (1985-V), p. 321, note que s'il y a lieu de se féliciter du principe de l'égalité de traitement, « il ne justifie pas la responsabilité internationale pour les actes de l'État fondés sur les conditions dans lesquelles se déroulent les activités industrielles et commerciales transnationales et la politique économique des États intéressés ». En revanche, il estimait que « le principe de la non-discrimination devrait engager la responsabilité des États qui soutiennent la discrimination fondée sur des préjugés sociaux ou prennent des mesures contre des ressortissants étrangers par voie de représailles motivées par la politique du gouvernement du pays dont ils sont originaires et exiger d'eux qu'ils prennent des mesures de prévention ».

<sup>29</sup> On peut aussi noter que le droit international, dans la mesure où il découle du droit extrêmement développé des droits de l'homme, prévoit des normes minimales pour le traitement des étrangers dans les juridictions nationales, sans discrimination entre nationaux et étrangers, et qui font des uns et des autres des personnes dont les droits méritent d'être protégés (voir A. Cassese, *International Law* (Oxford, OUP, 2005), Second Edition, p. 122, et M. N. Shaw, *International Law* (Cambridge, CUP, 2005), Fifth Edition, p. 736).

<sup>30</sup> Voir également les commentaires, *supra*, note 15, projet de principe premier, commentaire, par. 3.

de cerner les différents éléments constitutifs d'une activité à risque, le risque étant « essentiellement fonction de l'application d'une technologie particulière, du contexte spécifique dans lequel elle est menée et de la manière dont elle s'exerce »<sup>31</sup>.

### 3. Élargissement de la portée du sujet

10. Troisièmement, on peut envisager la possibilité d'étendre la portée du projet de principes à la responsabilité pour faits de guerre causant des dommages à des États neutres, pour « activité dangereuse causée par une activité terroriste » et pour « dommage transfrontière causé par toute activité innocente comme le stockage d'eau dans le cas de barrages »<sup>32</sup>. Il faut rappeler que, dès le début, le sujet était censé ne traiter que des « activités qui ne sont pas interdites en droit international », à l'exclusion des activités illicites en soi<sup>33</sup>. Il couvre les activités qui impliquent le risque de causer un dommage significatif découlant de leurs conséquences physiques. En 1996, avant l'adoption du projet d'article sur la prévention, le Groupe de travail de la Commission a reconnu que le projet s'étendrait aux activités dont l'exploitation et les effets sont continus<sup>34</sup>. Comme il était indiqué dans le commentaire relatif au projet de principe 4, l'exploitant est exonéré de sa responsabilité lorsque le dommage découle d'un acte de guerre. Dans plusieurs instruments, la responsabilité est exclue si le dommage résulte d'un acte commis dans le cadre d'un conflit armé, d'hostilités, d'une guerre civile ou d'une insurrection. Selon certaines législations nationales, les actes de terrorisme exonèrent aussi de responsabilité<sup>35</sup>. Par contre, il a été entendu qu'un réservoir parfaitement sûr pourrait devenir dangereux à la suite d'un tremblement de terre, auquel cas le fonctionnement continu du réservoir constituerait une activité comportant un risque. Le stockage d'eau dans des barrages peut donc être une activité à risque et être considéré comme relevant du projet de principes, à moins que les parties à une convention ou un traité qui régit la même question ne l'excluent en cas de différend.

<sup>31</sup> Ibid. Voir également note 350, pour un renvoi aux conventions qui précisent le type d'activités qui pourraient relever du champ d'application du projet de principes.

<sup>32</sup> Voir les commentaires écrits du Pakistan dans A/CN.4/562, sect. A.

<sup>33</sup> On peut noter brièvement que si un dommage survient suite à un acte d'un État partie à un conflit, considéré comme ayant recouru à l'usage de la force en violation de l'interdiction faite en droit coutumier, comme on a jugé que tel avait été le cas avec l'invasion du Koweït par l'Iraq, cet État est responsable des dommages. Par contre, la violation du droit de la guerre applicable par un État qui est engagé dans un conflit dans l'exercice légitime de son droit à se défendre peut fonder le droit à engager une action en indemnisation. Mais le problème tient à ce que les réclamations concernant les conflits demeurent en général sans solution tant qu'il n'est pas possible de se prononcer sur la licéité de l'emploi de la force et la légalité du fait quand une cible particulière est détruite. Pour une analyse intéressante, voir Jay E. Austin et Carl E. Buruch, « The Kosovo Conflict: a case study of unresolved issues », dans Jay E. Austin et Carl E. Buruch (eds), *The Environmental Consequences of War: Legal, Economic and Scientific Perspectives* (Cambridge, CUP, 2000), p. 647 à 664.

<sup>34</sup> *Annuaire de la Commission du droit international 1996, vol. II (deuxième partie)*, A/51/10, annexe I, par. 23 du commentaire relatif à l'article premier. Voir également A/CN.4/487, par. 111 c) et art. 2 a) du projet d'article sur la prévention précisant que seules les activités présentant le « risque de causer un dommage transfrontière significatif » relevaient de son champ d'application.

<sup>35</sup> Commentaires, voir *supra*, note 15, projet de principe 4, commentaire, par. 27. Voir également A/CN.4/543. Voir également l'annexe VI au Protocole de Madrid au Traité sur l'Antarctique.

#### 4. Dommage à l'environnement et réclamations pour dommages à des valeurs autres que celle des services rendus

11. Le projet de principe 2 définit le dommage. Le dommage à l'environnement lui-même y figure au côté du dommage causé à des personnes et à des biens à l'alinéa a). À l'alinéa b), l'environnement est défini en termes généraux comme comprenant « les aspects caractéristiques du paysage ». Il faut noter que cette définition ne renvoie qu'à l'environnement relevant de la juridiction et du contrôle des États, à l'exclusion de l'environnement de l'indivis mondial.

12. Dans leurs observations sur l'environnement, les gouvernements ont mis en relief trois séries de questions distinctes. Premièrement, ils ont relevé que la définition donnée de l'environnement dans le projet de principe 2 n'incluait pas l'indivis mondial<sup>36</sup>. On se rappellera que le Rapporteur spécial a recommandé que les dommages à l'indivis mondial soient traités dans le cadre du projet de principes pour autant qu'ils puissent être rattachés aux activités dangereuses qui relèvent du champ d'application du projet sur la prévention<sup>37</sup>. Cependant, la Commission, sur la base de la recommandation du Groupe de travail créé à la cinquante-sixième session<sup>38</sup>, a décidé d'exclure les questions relatives à l'indivis mondial. Si elle reconnaissait l'importance de telles questions, elle jugeait préférable de traiter de l'indivis mondial à part parce qu'il soulevait des problèmes qui lui étaient propres en ce qui concerne la qualité pour agir, le for compétent, le droit applicable et la quantification du dommage<sup>39</sup>. Le Rapporteur spécial est convaincu que ces questions ne sauraient être correctement analysées dans le cadre du présent projet de principes qui met l'accent sur le dommage transfrontière sur le territoire des États concernés dans la mesure où il porte atteinte à leurs nationaux et à leurs ressources.

13. Deuxièmement, certains gouvernements qualifiaient de générale la définition de l'environnement. Il faut admettre que la communauté mondiale reconnaît la valeur de l'environnement, la nécessité d'une vigilance de tous les instants et le besoin d'évaluer en permanence les conséquences néfastes de toute la gamme des activités humaines sur l'environnement. En adoptant une définition globale de l'environnement, la Commission s'inspirait de l'avis exprimé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*<sup>40</sup>. De plus, plusieurs conventions conclues dernièrement sur le sujet traitent de la

<sup>36</sup> A/CN.4/549/Add.1, par. 61. Voir également les déclarations de la Nouvelle-Zélande et du Mexique dans A/C.6/59/SR.18 et 25, et les commentaires des Pays-Bas dans A/CN.4/562, sect. D.

<sup>37</sup> Voir A/CN.4/540, par. 36 (8).

<sup>38</sup> Voir A/CN.4/661, par. 2.

<sup>39</sup> En ce qui concerne les difficultés soulevées par la question du dommage à l'indivis mondial, telle que la qualité pour agir et les motifs juridiques valables pour présenter une réclamation, voir : Jonathan I. Charney, « Third State Remedies for Environmental Damage to the World's Common Spaces », dans Francesco Francioni et Tullio Scovazzi (éds.) *International Responsibility for Environmental Harm*, (Londres : Graham & Trotman (1991), p. 150, Xue Hanquin, *Transboundary Damage in International Law*, (Cambridge : CUP, 2003), p. 236 à 269, Kathy Leigh, « Liability for Damage to the Global Commons », 14 *Australian Yearbook of International Law*, 1992, p. 129.

<sup>40</sup> Affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie c. Slovaquie)*, C.I.J. Recueil 1997, par. 140. Voir *supra*, note 15, commentaire relatif au projet de principe 2, par. 15.

notion de dommage à l'environnement<sup>41</sup>. Le dommage à l'environnement est au moins lié à des réclamations revendiquant l'adoption de mesures raisonnables d'intervention et de remise en état<sup>42</sup>, y compris le coût du nettoyage et l'indemnisation des dommages découlant de l'atteinte à l'environnement dans la mesure où ils se traduisent par une perte de revenu directement liée à un intérêt économique dans une utilisation quelconque de l'environnement<sup>43</sup>. Vu le souci de l'époque actuelle pour l'environnement, le Rapporteur spécial est d'avis qu'il vaut mieux rédiger en des termes plus larges la définition de l'environnement dans un régime de la responsabilité qui est général et supplétif pour « tempérer toute limite imposée par les régimes de responsabilité aux mesures correctives acceptables<sup>44</sup>».

14. Troisièmement, constatant l'intérêt de l'optique adoptée par la Commission, certains gouvernements ont exprimé le vœu d'aller encore plus loin et de reconnaître la recevabilité de réclamations au titre de la « valeur de non-usage ». La Commission elle-même a exprimé un certain soutien à cette revendication : elle a adopté le projet d'articles sur la responsabilité des États, tout en concédant que de tels dommages étaient difficiles à quantifier<sup>45</sup>. Les décisions récentes de la Commission d'indemnisation des Nations Unies qui a choisi d'interpréter au sens large les termes « dommages à l'environnement » augurent de l'évolution à venir. Dans le cas de la catégorie des réclamations F-4 pour dommages causés à l'environnement et préjudices causés à la santé publique, le Comité de commissaires chargé d'examiner les réclamations F-4 a accepté des demandes d'indemnisation au titre de dommages à des ressources naturelles ne présentant aucun intérêt économique (« dommages à l'environnement proprement dit ») de même que des demandes pour la perte temporaire d'utilisation des ressources au cours de la période qui avait précédé la remise en état<sup>46</sup>. La définition plus large de

<sup>41</sup> Ibid., projet de principe 2, commentaire, par. 13, et *ibid.*, note 383.

<sup>42</sup> En ce qui concerne la remise en état, il est convenu qu'elle devrait viser à recréer les conditions qui existaient avant que ne survienne le dommage. Lorsqu'elle s'avère impossible, il est justifié de rembourser les frais engagés pour la remplacer, si nécessaire, par quelque chose d'équivalent. Voir commentaire, *supra*, note 15, projet de principe 2, commentaire par. 19. Pour l'approbation de trois projets d'indemnisation (pour la perte de terrains de parcours et d'habitats, la Jordanie a obtenu 160 millions de dollars, pour les réserves littorales, le Koweït a obtenu 8 millions de dollars et l'Arabie saoudite 46 millions), afin de remplacer des services écologiques irrémédiablement perdus suite à la guerre du Golfe de 1991 (voir rapport du groupe F4/5, annexes techniques I à III, citées dans la note 41, Peter H. Sand, « Compensation for Environmental Damage from the 1991 Gulf War », *Environmental Policy and Law*, vol. 35/6 (2005), p. 244 à 249, p. 247.)

<sup>43</sup> Commentaires, voir *supra*, note 15, projet de principe 2, commentaire par. 18 à 21.

<sup>44</sup> Ibid., projet de principe 2, commentaire par. 16.

<sup>45</sup> Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), art. 36, commentaire, par. 15 : « ... les dommages à l'environnement vont souvent au-delà de ceux qui peuvent facilement être évalués en termes de frais de nettoyage ou de perte de valeur d'un bien. Les atteintes à de telles valeurs environnementales (biodiversité, agrément, etc. – parfois appelées “valeurs de non-usage”) ne sont pas moins réelles et indemnifiables, en principe, que les dommages aux biens, même si elles sont sans doute plus difficiles à évaluer. » Voir également James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility (Introduction, Text and Commentaries)*, (Cambridge, CUP, 2002), p. 223.

<sup>46</sup> Voir S/AC.26/2005/10. Voir également Peter H. Sand, *supra*, note 42, p. 247. Réparties en cinq

l'environnement dans le contexte du projet de principes ouvre des possibilités de développement futur du volet « responsabilité » du droit.

## 5. Multiplicité des réclamations

15. On peut envisager une multiplicité de réclamations selon plusieurs scénarios. Dans un cas, les réclamations seraient déposées par un requérant pour les dommages subis dans un État donné, contre l'État d'origine qui ne se serait pas acquitté de l'obligation de faire preuve de la diligence voulue et contre l'exploitant qui aurait causé le dommage transfrontière. Deux hypothèses sous-tendent cette démarche, à savoir que l'État d'origine a manqué à son devoir de diligence d'une part et que les États et les individus touchés n'en ont pas eu connaissance d'autre part, de sorte qu'ils n'ont pas pu prendre les mesures voulues avant que le dommage ne survienne effectivement<sup>47</sup>. Normalement, si les autres États et les personnes physiques ou morales intéressés en avaient eu connaissance avant que le dommage ne survienne, ils auraient pu adresser des représentations à l'État d'origine pour l'inciter à s'acquitter des obligations qu'il avait à leur égard en vertu du droit international. La plupart des obligations de diligence voulue incorporées dans le projet d'articles sur la prévention sont considérées comme faisant partie du droit coutumier<sup>48</sup> et tout manquement à l'une ou l'autre de ces obligations devrait empêcher l'État d'origine de prétendre que l'absence de diligence n'est pas à l'origine du dommage<sup>49</sup>. En pareil cas, les victimes pourraient invoquer la responsabilité de l'État (*responsibility*) et la responsabilité de l'exploitant (*liability*). Dans la mesure où il peut y avoir des réclamations fondées sur la même qualité pour agir contre l'État et l'exploitant, la multiplicité des réclamations est une possibilité qui n'a rien de virtuel. La responsabilité de l'État d'origine pourrait être invoquée par d'autres États, tandis que la responsabilité de l'exploitant, le défendeur, pourrait l'être par les victimes du dommage, que les requérants soient des personnes physiques ou morales. La question de savoir si on peut envisager des réclamations contre l'État après épuisement des recours contre l'exploitant – dont la responsabilité est limitée – ou en tant que requêtes distinctes et indépendantes, mérite réflexion et pourrait être réglée selon les circonstances de chaque cas.

---

tranches, les réclamations acceptées par le Comité F-4 et approuvées sans modification par le Conseil d'administration atteignent la somme de 5 milliards 26 millions de dollars, soit « un montant jamais atteint jusque-là dans l'histoire du droit international de l'environnement » (ibid., p. 245). Voir également les directives pour les programmes de suivi des réclamations au titre de l'environnement de la Commission d'indemnisation, *Environmental Policy and Law*, vol. 35/6 (2005), p. 276 à 281.

<sup>47</sup> Si les manquements aux obligations de faire preuve de la diligence voulue par l'État d'origine étaient parvenus à la connaissance des États ou personnes intéressés et que ceux-ci n'ont pas insisté pour que l'État d'origine s'acquitte de ses obligations dans un laps de temps raisonnable, on peut se demander s'il est toujours possible de faire valoir la responsabilité de l'État ultérieurement, au moment du dépôt de demandes d'indemnisation. En effet, tout porte à croire qu'en pareil cas les personnes et les États intéressés ne seraient plus fondés à soulever la question de la responsabilité de l'État (voir Phoebe Okowa, *State Responsibility*, *supra*, note 26, p. 169).

<sup>48</sup> Voir Patricia Birnie et Alan E. Boyle, *International Law and the Environment* (Oxford, OUP, 2002), deuxième édition, p. 113.

<sup>49</sup> Phoebe Okowa, *State Responsibility*, ... *supra*, note 26, p. 169.

16. Les tribunaux pourraient d'abord répondre à une multiplicité de réclamations en les regroupant et en faisant la part de la responsabilité de l'État et de l'exploitant. Dans la mesure où aucun lien de causalité directe ne serait établi entre la responsabilité de l'État et le dommage, l'État pourrait être tenu d'exprimer ses excuses et de donner des garanties d'exécution. Dans la mesure où des dommages matériels se seraient produits parce que l'État ne se serait pas acquitté de ses obligations, il devrait indemniser les requérants de leurs pertes. Quant à l'exploitant, il serait tenu responsable des dommages causés dans les limites de sa responsabilité. Quoiqu'il en soit, l'indemnisation des victimes à ces deux titres ne saurait être supérieure au quantum effectif des pertes subies telles qu'elles auront été appréciées par les tribunaux.

17. Selon un autre scénario, la multiplicité des réclamations tiendrait à ce que différentes réclamations auraient été déposées pour le même dommage subi par le même requérant dans différents États. Il est indispensable, dans ce cas, d'empêcher qu'une action en justice ne soit engagée en même temps dans plusieurs juridictions. La Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale offre toute une série de solutions. Ces solutions ont été reprises dans l'ensemble dans un projet de convention proposé plus récemment, en 2001, sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions étrangères en matière civile et commerciale, soumis à la première partie de la Conférence diplomatique de La Haye. Tout en partant du principe qu'il convient d'accorder la priorité à la juridiction de la partie contractante dans laquelle le défendeur est domicilié<sup>50</sup>, on peut penser que, s'agissant d'une réclamation pour dommage à l'environnement, une autre juridiction peut être envisagée, à savoir le for de l'État sur le territoire duquel l'acte ou l'omission ayant causé le dommage s'est produit ou encore les tribunaux de l'État sur le territoire duquel le dommage s'est produit<sup>51</sup>. Ainsi, le requérant a le choix du for et peut opter pour celui qu'il juge le plus approprié. L'offre d'un tel choix reposerait sur « une tendance maintenant bien établie dans les deux conventions sur la compétence internationale et les systèmes nationaux »<sup>52</sup>.

18. En ce qui concerne le choix offert aux victimes d'un dommage transfrontière entre le droit de l'État d'origine<sup>53</sup> et celui de l'État de la victime<sup>54</sup>, le principe selon

<sup>50</sup> Ceci s'explique par le principe « *actor sequitur forum rei* », qui veut que le défendeur soit le mieux à même de se défendre devant les tribunaux de l'État sur le territoire duquel il a élu domicile, ce qui se justifie par le fait que le jugement est dirigé contre le défendeur. Cependant, s'il appartient au droit de chaque État de déterminer le domicile des personnes physiques, la nationalité des personnes morales ou des sociétés est plus floue. La Convention de Bruxelles et la Convention parallèle de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale laissent « la détermination du domicile au droit précisé par la règle du conflit de lois appliquée par les tribunaux de l'État où la réclamation est déposée » (voir C. van Bar, « Environmental Damage in Private International Law », *Recueil des Cours*, vol. 268 (1997), 295-411, p. 336).

<sup>51</sup> Voir Deuxième rapport (de Christophe Bernasconi et Gerrit Betlem) « Transnational Enforcement of Environmental Law », Association de droit international, Conférence de Berlin (2004), Rapport de la soixante et onzième Conférence, Berlin, 2004 (p. 896 à 938), p. 900. On peut toutefois invoquer comme moyen de défense, à condition de le prouver, que l'on ne pouvait pas prévoir que cet État, autre que l'État d'origine, subirait des dommages.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 899.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 914. L'Autriche, le Danemark, la Finlande, la Suède et le Japon ont retenu la loi du lieu

lequel la législation la plus favorable à la victime devrait s'appliquer jouit d'un soutien considérable. Le « principe de la loi la plus favorable », selon les auteurs du deuxième rapport sur l'exécution transnationale du droit de l'environnement à la Conférence de Berlin de l'Association de droit international, a été adopté dans plusieurs pays d'Europe, le Venezuela et la Tunisie, voire même peut-être par la Chine<sup>55</sup>. Plusieurs auteurs et même ceux qui n'ont pas l'habitude de préconiser son application systématique dans les actions en responsabilité civile transfrontières, y sont favorables lorsqu'il s'agit de pollution transfrontière<sup>56</sup>. Le droit américain pour sa part semble être acquis au droit du lieu qui a « le rapport le plus significatif » avec le fait en cause et les parties<sup>57</sup>. Malgré l'absence totale d'uniformité dans la législation et la pratique des pays, il semble juste d'adopter le « principe de la loi la plus favorable » qui a l'avantage de relever le niveau de protection de l'environnement et d'encourager d'une façon ou d'une autre l'exploitant à assurer au mieux l'entretien de son installation<sup>58</sup>.

## 6. Statut juridique du projet de principes

19. En ce qui concerne le statut juridique du projet de principes, alors que peu d'États ont fait part de leur position, certaines délégations sont partisans de faire de ce texte un projet d'articles, ce qui suppose que les États soient disposés à accepter au moins certains sinon la plupart des principes comme étant *de lege ferenda*, preuves d'une pratique constante des États. Manifestement, d'autres délégations aimeraient traiter le projet comme s'il s'agissait d'un simple idéal à atteindre.

20. Il est de toute évidence difficile de déterminer le statut juridique du projet de principes. Premièrement, on ne peut se contenter d'affirmer avec autorité de façon convaincante qu'un principe s'inscrit dans le droit international général du simple fait que, d'un commun accord, des États l'ont repris à leur compte à maintes reprises dans le texte de traités. Le fait que les traités conclus ne sont pas entrés en vigueur ou n'ont aucune chance d'entrer en vigueur poserait problème. Quand bien même ces traités seraient en vigueur, ils seraient de prime abord et jusqu'à preuve du contraire<sup>59</sup> considérés au mieux comme la simple expression d'arrangements

---

de l'activité dangereuse (*lex loci actus*).

<sup>54</sup> Ibid., la France, l'Espagne, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la Roumanie, la Turquie et, plus récemment, les Pays-Bas ont retenu la loi du pays où le dommage a été subi (*lex damni*). Au Canada, le Québec a une législation similaire.

<sup>55</sup> Ibid., p. 911.

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Ibid., p. 914 et 915. Au titre du paragraphe 2 de l'article 145 du Restatement (Second) Conflict of Laws de 1971, on entend par « contacts » à prendre en considération le lieu du dommage, le lieu où l'acte dont découle le dommage a été commis, le domicile, la résidence, la nationalité, le lieu d'enregistrement ou l'établissement principal des parties et le lieu où les parties entretiennent l'essentiel de leurs relations.

<sup>58</sup> Ibid., p. 910.

<sup>59</sup> Voir R. R. Baxter, « Treaties and Custom », *Recueil des Cours*, vol. 129 (1970-1) (p. 31 à 104), p. 101 et 102. Tout en reconnaissant combien il est difficile de considérer les traités comme des éléments de preuve décisifs du droit coutumier, le professeur, puis juge, Baxter a fait observer que chacun des traités multilatéraux et bilatéraux « doit être apprécié par rapport à d'autres éléments illustrant le droit coutumier avant que l'on puisse s'assurer de la règle de droit international ». Selon lui, « la tâche est plus facile dans le cas d'un traité qui déclare le droit, tel

bilatéraux et multilatéraux et, partant, comme applicables uniquement entre les parties aux traités en cause. Ils ne sauraient donc être considérés en soi comme étant à la source d'un principe général de droit international.

21. Dans le cas du droit coutumier, il est extrêmement compliqué de produire la preuve d'une pratique constante et uniforme des États, essentiellement faute d'accord sur ce qui constitue la pratique pertinente. La charge de la preuve de l'*opinio juris* qui accompagne la pratique des États est plus problématique encore, car les États annoncent rarement leurs intentions lorsqu'ils suivent une pratique donnée. L'évaluation de l'*opinio juris* implique par conséquent une analyse subjective à deux niveaux, au niveau de l'État qui doit porter un jugement avant d'opter pour ce qu'il conçoit comme étant une pratique constante et uniforme et au niveau du décideur/observateur qui se demande si les États suivent effectivement cette pratique dans l'idée qu'elle est obligatoire et non pas seulement parce qu'ils la jugent commode ou avantageuse. D'où la complexité de l'évaluation du droit coutumier par rapport à tel ou tel principe<sup>60</sup>. Outre les difficultés indiquées, dans la pratique, malgré le mandat qui lui a été confié par l'article 15 de son Statut, la Commission ne différencie pas normalement les recommandations qu'elle adopte au titre de la codification du droit international en vigueur de celles qui relèvent du développement progressif du droit<sup>61</sup>.

22. Malgré les difficultés inhérentes à tout exercice d'évaluation du statut juridique du projet de principes, on ne saurait sous-estimer la valeur juridique de ces principes puisqu'ils ont été maintes et maintes fois affirmés dans les législations nationales et les traités comme illustrant une tendance dominante du droit

---

un traité de codification ... Même un projet de traité ou un traité qui n'est pas encore entré en vigueur aura du poids ... La plus ou moins grande ampleur des travaux préparatoires, le nombre de participants au processus de rédaction du texte du traité et, surtout, le fait qu'il représente par rapport à tous les autres éléments attestant du droit une déclaration claire et uniforme du droit plaident en sa faveur auprès des non-parties. Il s'agit là d'éléments faciles à utiliser. »

<sup>60</sup> Patrick Daillier, Alain Pellet, *Droit international public* (Paris : L.G.D.J., 1999), 6<sup>e</sup> édition, p. 330 et 331. Voir également Jörg Kammerhofer, « Uncertainty in the Formal Sources of International Law: Customary International Law and some of its Problems », *EJIL* vol. 15 (2004), p. 523 à 553.

<sup>61</sup> Voir, de façon générale, Ian Sinclair, *The International Law Commission* (Cambridge, CUP, 1987), p. 7. La fonction principale de la Commission, énoncée à l'article premier de son Statut, promouvoir le développement progressif du droit international (principalement public) et sa codification, a fait l'objet de longs débats. Il était entendu, dès le début des travaux de la Commission, qu'elle ne pourrait pas distinguer strictement développement progressif et codification, que ce soit pour choisir des méthodes ou des procédures de travail ou pour décider de la forme définitive de ses recommandations finales. Il est plus difficile encore, comme l'expérience de la Commission l'a montré, de bien différencier les conclusions qui relèvent d'un domaine de celles qui relèvent de l'autre. Sinclair a noté que la Commission, « à un stade assez précoce de ses travaux, a plus ou moins renoncé à faire nettement la distinction entre ses projets impliquant du "développement progressif" et ceux impliquant de la "codification" ». H. W. Briggs l'a fait observer à l'époque de son rapport, en 1956, en « rédigeant ses règles sur le droit de la mer, la Commission a acquis la conviction que, dans ce domaine tout au moins, on pouvait difficilement conserver la distinction faite dans le Statut entre les deux activités [codification et développement]. » (H. W. Briggs, *The International Law Commission* (Ithaca, New York, Cornell University Press, 1965), p. 140.) Voir également Ahmed Mahiou, Rapport général, dans Colloque d'Aix-en-Provence : *La codification du droit international* (Pedone : SFDI, 1999), p. 19.

international et reflétant des orientations communes<sup>62</sup>. La présomption en faveur de l'*opinio juris* est forte lorsque les États choisissent de répéter telle formule tout en en rejetant d'autres possibles proposées à l'adoption parce que celle retenue jouit déjà d'une large acceptation de la part des États. On a fait observer que la Commission n'avait pas hésité à codifier des principes coutumiers du droit de la mer en se fondant sur des législations nationales uniformes et les commentaires des États<sup>63</sup>. On a aussi relevé que les efforts de la Commission pour « reprendre à son compte l'évolution qui s'est produite dans un domaine bien précis du droit et l'incorporer dans le *droit acquis*<sup>64</sup> » n'étaient pas dénués d'intérêt juridique.

### III. Examen de certains points saillants des projets de principes

23. Les projets de principes adoptés par la Commission en première lecture en 2004 sont le fruit d'un examen attentif des tendances qui ont marqué l'évolution de ce sujet pendant une longue période. La Commission a discuté à de nombreuses occasions du degré de rigueur de la ligne de conduite que les projets de principes représentent et de leur valeur juridique et elle s'est fondée pour les formuler sur des conclusions ayant recueilli une large adhésion. Certaines des principales dispositions ont également été reconnues comme ayant valeur de règles générales du droit international, fût-ce, pour certaines d'entre elles, de règles très générales, et aucune uniformité n'a encore pu être inférée de la pratique des États en ce qui concerne l'application d'éléments précis associés aux concepts généraux. À ce stade, il peut être instructif d'examiner certains des points saillants des projets de principes et leur statut juridique à la lumière de la pratique des États, des décisions judiciaires et des avis des commentateurs.

<sup>62</sup> Voir A/CN.4/543; il est fait une remarque pertinente à cet égard au paragraphe 6 : « L'étude n'a pas ignoré la difficulté qu'il y a à déterminer qu'un cas particulier constitue une "preuve de la pratique des États". Des politiques différentes peuvent motiver la conclusion de certains traités ou l'adoption de certaines décisions. Il peut s'agir de compromis ou d'arrangements dictés par des raisons extérieures. Cependant, des exemples répétés de pratique des États, lorsqu'ils sont inspirés par des politiques semblables, peuvent laisser présumer que ces précédents inspireront le comportement futur. Même si certaines de ces politiques n'ont pas été énoncées de façon explicite lors des événements considérés ou même si elles ont été tenues à dessein dans le vague, un comportement qui se perpétue peut déboucher sur la création d'une norme coutumière. Que les normes examinées soient ou non considérées comme faisant partie de droits coutumiers, elles mettent *en évidence* une tendance des anticipations et peuvent contribuer à préciser les politiques suivies en ce qui concerne certains principes détaillés applicables en matière de responsabilité internationale. La pratique montre également comment des principes concurrents comme ceux de la "souveraineté de l'État" et de la "juridiction nationale" doivent être conciliés avec les nouvelles normes ». Voir également R. R. Baxter, « Multilateral Treaties as Evidence of Customary International Law » BYBIL, vol. 41 (1965-66) 275, où il prenait acte de l'intérêt juridique de la Convention de Genève sur le droit de la mer de 1958, comme source de droit pour les États qui n'y étaient pas encore devenus parties.

<sup>63</sup> Ian Brownlie, *Principles ... supra*, note 28, p. 384. C'est ce qui s'est passé, au dire de l'auteur, en droit de la mer où la Commission s'est appuyée surtout sur les législations nationales et les commentaires des gouvernements.

<sup>64</sup> Voir l'opinion du professeur James Crawford, citée dans Alan Boyle, « Globalizing Environmental Liability : The Interplay of National and International Law », *Journal of Environmental Law*, vol. 17 (2005) (p. 3 à 26 3), p. 19.

## A. Mesures ou principe de précaution

24. Les considérations qui précèdent s'appliquent par exemple aux « mesures de précaution » adoptées comme principe 15 de la Déclaration de Rio. Certains États considèrent qu'il s'agit d'un principe, alors que les accords mondiaux parlent de mesures. La différence de terminologie est de peu d'importance, encore que les nuances puissent varier<sup>65</sup>. Il s'agit d'un principe, ou de mesures, que les États doivent respecter ou prendre lorsqu'ils s'acquittent de l'obligation de diligence raisonnable énoncée dans le projet d'article sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses autorisées sur le territoire ou sous le contrôle de l'État d'origine. Bien qu'il soit né essentiellement de la pratique européenne<sup>66</sup> en tant que principe ou démarche de gestion prudente du développement économique et de l'exploitation des ressources naturelles et de la diversité biologique compatible avec la protection de l'environnement, le principe est accepté dans le monde entier<sup>67</sup>. Son contenu et son statut juridique peuvent être décrits comme suit :

« Bien qu'il évolue encore, le principe de précaution semble une norme de droit international reconnue tant par la doctrine que dans la pratique ... encore que, aux deux extrémités du spectre (Europe et États-Unis), l'unanimité ne soit pas encore faite sur la question de savoir s'il s'agit d'un principe directeur ou d'une norme ayant force obligatoire.

...

L'application de ce principe consisterait principalement à suivre des procédures objectives d'évaluation des risques, à définir le niveau de risque socialement acceptable, à mener des recherches scientifiques continues et à réexaminer les mesures de précaution en fonction de l'évolution des connaissances. La question de la charge de la preuve reste peut-être l'aspect le plus controversé du principe de précaution, l'inversion de la charge de la preuve en étant souvent considérée comme l'expression ultime.

...

<sup>65</sup> Sands estime que le libellé du principe 15 de la Déclaration de Rio recueille maintenant un large appui; voir Sands, *Principles of International Environmental Law* (Cambridge : CUP, 2003), 2<sup>e</sup> éd., p. 268. Voir également *passim* Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles; From political Slogans to Legal Rules* (Oxford : OUP, 2002), p. 91 à 223.

<sup>66</sup> Le principe a d'abord été adopté par le droit allemand, voir Boehmer-Christiansen, « The Precautionary principle in Germany-Enabling government », in T. O'Riordan et J. Cameron (dir. publ.), *Interpreting the Precautionary Principle* (Londres : Earthscan Publications, 1994). Aux termes du paragraphe 2 de l'article 174 du traité instituant la Communauté européenne, la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement « est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive ». Le principe a été entériné par la Cour européenne de justice dans l'affaire *C-180/96P, Royaume-Uni c. Commission* (REC. 1996, p. I-3903), et dans l'affaire *T-76/96R, National Farmers' Union c. Commission* (REC. 1996, p. II-815). Le principe de précaution a été consacré par presque tous les instruments internationaux relatifs à l'environnement depuis 1992. Voir Alexandre Kiss et Dinah Shelton, *International Environmental Law* (Ardsley, NY Transnational Publishers, 2004), 3<sup>e</sup> éd., p. 207.

<sup>67</sup> Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice ne s'est pas prononcée sur le principe, bien que la Hongrie l'ait invoqué et que le juge Weeramantry l'ait approuvé dans son opinion dissidente. Voir Birnie et Boyle, *International Law, supra*, note 48, p. 118.

Il importe de signaler qu'un principe ayant acquis le rang de norme ne deviendra pas nécessairement une règle. Le fait qu'un traité fasse de la précaution un règle n'empêche pas la précaution de demeurer une norme. En droit interne, par exemple, le critère du caractère raisonnable tire sa force du fait qu'il constitue une norme de jugement, mais il ne peut devenir une règle stricte. Il en va de même des normes internationales. Le principe de précaution tirera donc sa valeur juridique du développement qui lui sera donné par les négociateurs et de son interprétation par les juridictions plutôt que de sa conversion en règle traditionnelle<sup>68</sup>. »

25. Des principes directeurs ont été élaborés pour aider les décideurs et les responsables de l'établissement des politiques à appliquer le principe de précaution. Selon ces principes directeurs, s'ils peuvent utiliser les meilleures informations que peuvent leur fournir des institutions indépendantes, devant rendre des comptes au public et exemptes de conflit d'intérêts, les décideurs doivent tenir compte, dans leurs décisions, de tous les coûts et avantages sociaux et économiques de l'application du principe de précaution<sup>69</sup>. Ainsi que l'a fait observer un savant commentateur, il est dans une certaine mesure « trop simpliste » de débattre du statut juridique du principe et dans la réalité, les tribunaux judiciaires et les responsables de l'établissement des politiques tiennent compte de ce principe et l'appliquent aux situations particulières avec un effet appréciable<sup>70</sup>.

26. Le rôle croissant du principe de précaution dans le contexte de l'application des projets de principes sur la répartition des pertes lors de la survenance de dommages transfrontières et après cette survenance demeure donc à préciser. Il est

<sup>68</sup> Sonia Boutillon, « Precautionary Principle: Development of an International Standard », *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2002, p. 429 à 469. Un point de vue assez proche, sans être identique, est exprimé par McIntyre et Mosedale : « Le principe de précaution est donc un outil de décision en cas d'incertitude scientifique, ce qui change effectivement le rôle des données scientifiques ». Voir McIntyre et Mosedale, « The Precautionary Principle as a norm of customary international law », *Journal of Environmental Law*, vol. 9(2), 1997, p. 222. Selon Sands, le principe reflète le droit coutumier. Voir Sands, *Principles...*, *supra*, note 65, p. 274.

<sup>69</sup> Principes directeurs relatifs au principe de précaution dans le cadre de la conservation de la diversité biologique et de la gestion des ressources naturelles, élaborés dans le cadre d'une initiative conjointe de Fauna and Flora International, de l'Union mondiale pour la conservation de la nature et de ses ressources-Union mondiale pour la nature (UICN), *Environmental Policy and Law*, vol. 35/6, 2005, p. 275.

<sup>70</sup> Pour l'application du principe en Inde, voir *Andhra Pradesh Pollution Control Board M. V. Nayudu*, 2002(2) SCC 62. Saisi de la question de savoir si une industrie dangereuse devait être autorisée à poursuivre son activité malgré le risque de pollution des eaux souterraines posé par les effluents de son usine, le Tribunal supérieur d'Andhra Pradesh a autorisé la poursuite des opérations, sur la foi des avis d'experts de cette branche d'activité. En appel, la Cour suprême, ayant obtenu des avis scientifiques d'un éventail plus large de sources et d'organes d'experts indépendants, a annulé l'autorisation accordée par la juridiction inférieure et a ordonné la cessation de l'exploitation de l'usine parce que les données scientifiques indiquaient un risque plus élevé de contamination des eaux souterraines par des dépôts de nickel contenus dans les effluents de l'usine. La Commission indienne du droit note que le « principe de précaution » a sans aucun doute été appliqué en l'espèce et qu'« il est toujours possible, si l'on dispose de données plus complètes et si l'on applique de meilleures procédures scientifiques ou de meilleures techniques, de formuler des conclusions plus précises » (Law Commission of India, cent quatre-vingt-sixième rapport sur la proposition tendant à instituer des tribunaux de l'environnement, septembre 2003, p. 18; disponible sur le site <<http://lawcommissionofindia.nic.in/>>).

certain qu'au cours de la survenance du dommage, l'État d'origine a l'obligation de veiller à ce que soient prises et, au besoin, de prendre lui-même ou en coopération avec l'exploitant et les autres entités intéressées et compétentes, toutes les mesures d'intervention appropriées pour atténuer les effets du dommage, et ce, au moyen des meilleures techniques disponibles. Selon Wolfrum, cette obligation est directement liée à l'application du principe de précaution<sup>71</sup>. Ainsi qu'il a déjà été noté, le principe a des incidences importantes sur la présentation et l'examen des demandes d'indemnisation et sur les réparations qui doivent être offertes aux victimes. Par exemple, une réparation possible est de suspendre ou de faire cesser l'activité après la survenance du dommage, voire lorsque la menace d'un dommage est réputée exister selon les meilleurs éléments de preuve scientifiques disponibles, même si ceux-ci ne sont pas tout à fait définitifs, jusqu'à ce que l'activité soit de nouveau jugée sûre pour l'environnement. En conséquence, lors de la présentation ou de l'examen des réclamations, en particulier de celles tendant à faire cesser ou suspendre les opérations dangereuses, le principe de précaution semble jouer sur le critère de la preuve exigée et sur l'inversion de la charge de la preuve<sup>72</sup>.

## B. Le principe du pollueur-payeur : responsabilité objective et limitée de l'exploitant

27. De forts arguments permettent d'affirmer qu'en vertu du droit international coutumier, la responsabilité de l'exploitant<sup>73</sup> pour les dommages découlant

<sup>71</sup> À propos de l'obligation d'utiliser les meilleures techniques disponibles, Rudiger Wolfrum a noté qu'elle était étroitement liée au principe de précaution (Voir Rudiger Wolfrum, « International Environmental Law: Purposes, Principles and Means of Ensuring Compliance », in Fred L. Morrison et Rudiger Wolfrum, *International, Regional and National Environmental Law*, Kluwer Law International, 2003, p.15. Selon un autre auteur, le terme « disponibles » signifie que « les États sont tenus d'appliquer les progrès technologiques déjà commercialisés, et non pas toute nouvelle technique apparue dans le domaine de la lutte contre la pollution » (voir Peter-Tobias Stoll, « Transboundary Pollution », in Fred L. Morrison et Rudiger Wolfrum, p. 182).

<sup>72</sup> Pour une interprétation de l'application du principe de précaution, voir D. Freestone, « The Road from Rio: International Environmental Law after the Earth Summit », *Journal of Environmental Law*, vol. 6 (1994), p. 211. Pour des exemples de suspension d'activités, voir Birnie et Boyle, *International Law...*, supra, note 48, p. 118. Le Tribunal international sur le droit de la mer a suspendu l'exploitation du thon rouge en raison de l'incertitude scientifique entourant la conservation des stocks de thon jusqu'au règlement du différend [voir *Affaire du thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon, Australie c. Japon)*, Tribunal international sur le droit de la mer, mesures conservatoires, affaires n<sup>os</sup> 3 et 4 (1999)]. Pour un exemple de fermeture des opérations, voir l'affaire *A.P. Pollution Board Case, 2001 (2)*, supra, note 70. Sadeeler note que le principe de précaution devrait jeter un éclairage nouveau sur la diligence voulue et alléger l'obligation de prouver le lien de causalité (voir Nicolas de Sadeeler, *Environmental Principles...*, supra, note 65, p. 212).

<sup>73</sup> La définition de « l'exploitant » donnée dans les projets de principes est une définition fonctionnelle fondée sur la détermination factuelle relative à l'usage, au contrôle et à la direction de l'activité visée au moment concerné. Pareille définition est généralement conforme aux notions du droit français. Voir Elspeth Reid « Liability for Dangerous Activities: A Comparative Analysis », *ICLQ*, vol. 48 (1999), p. 755. De façon générale, il est signalé que si aucune définition de base, d'application générale, du terme « exploitant » n'a été élaborée, « la définition de l'exploitant comme celui qui contrôle effectivement, juridiquement ou économiquement l'activité polluante a gagné du terrain ». Voir Marie-Louise Larsson, *The Law of Environmental Damage: Liability and Reparation* (Kluwer Law International, 1999), p. 401.

d'activités extrêmement dangereuses est une responsabilité objective mais limitée. Plusieurs raisons expliquent que la responsabilité de l'exploitant ait gagné du terrain, mais la principale est l'idée selon laquelle celui qui crée des risques importants en cherchant à faire des bénéfices économiques doit porter la responsabilité des conséquences néfastes de l'activité qu'il contrôle. C'est ce que l'on appelle de façon générale le principe du pollueur-payeur. Si l'on ne peut dire que le principe du pollueur-payeur ait acquis le statut de principe général du droit international<sup>74</sup>, la responsabilité de l'exploitant pour les activités extrêmement

---

Il importe cependant de rappeler que le terme « exploitant » ne comprend pas les employés qui participent à l'activité au moment pertinent, ou qui la dirigent. Voir l'alinéa c) de l'article 2 de l'annexe 6 au Protocole de Madrid concernant la responsabilité relative aux atteintes à l'environnement conclu en juin 2005, qui définit le terme « exploitant » comme étant « toute personne physique et morale, gouvernementale ou non gouvernementale, qui organise des activités dans la zone du Traité sur l'Antarctique ». Le terme « exploitant » ne s'entend pas d'une personne physique qui est employé, entrepreneur ou sous-traitant, ou comme agent ou employé d'une personne physique ou morale, gouvernementale ou non gouvernementale, qui organise des activités dans la zone du Traité sur l'Antarctique, et ne s'entend pas d'une personne morale qui est un entrepreneur ou un sous-traitant agissant au nom d'un État exploitant ». Pour le texte, voir <www.aad.gov.au>. La définition du terme « exploitant » employé à l'alinéa e) du Principe 2 du projet adopté par la Commission en 2004 est une définition fonctionnelle. À ce sujet, et pour un exposé relatif aux définitions du terme « exploitant » employées dans des conventions, voir le commentaire relatif au Principe 2, par. 26 à 29.

<sup>74</sup> Rudiger Wolfrum note que « bien que la Convention internationale sur la préparation, la lutte et la coopération en matière de pollution par les hydrocarbures de 1990 et la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels qualifient toutes deux dans leur préambule le principe du pollueur-payeur de “principe général du droit international de l'environnement”, cette vue n'est pas étayée étant donné la pratique des États-Unis et les incertitudes concernant la portée et les conséquences du principe » (voir Rudiger Wolfrum, « International Environmental Law », *supra*, note 71). Voir, *passim*, Nicolas de Sadeleer, *Environmental Principles...*, *supra*, note 65, p. 21 à 59. Cependant, le principe du pollueur-payeur a été affirmé par différentes juridictions internes, avec des effets variables. La Cour suprême de l'Inde, dans l'affaire *Vellore Citizens' Welfare Forum c. Union of India*, 1996 (5) SCC 647, a jugé que le principe de précaution et le principe du pollueur-payeur, ainsi que la nouvelle charge de la preuve, qui trouvent un appui dans les articles 21, 47, 48A et 51A g) de la Constitution indienne, faisaient maintenant partie du droit du pays en matière d'environnement (rapport de la Commission indienne du droit, *supra*, note 70, p. 36). Le principe du pollueur-payeur est reconnu dans de nombreuses lois provinciales du Canada concernant la responsabilité pour les dommages à l'environnement et la réparation. En Espagne, les tribunaux se sont référés au principe *cuis est commodum eius est incommodum*, selon lequel celui qui tire profit d'une activité doit également payer pour les dommages qui en résultent, pour imposer la responsabilité à des personnes à raison de dommages causés par des mines, des déchets, des fuites d'eau et de gaz toxiques. Au Japon, en cas de pollution causée par des activités minières et de pollution maritime, le pollueur assume les frais du nettoyage du patrimoine naturel et de la remise des biens de la victime en leur état antérieur. Le droit français entérine sous différentes formes le principe du pollueur-payeur. Dans l'affaire *Époux Vullion c. Société immobilière Vernet-Christophe*, JCP 1971.2.16781, la Cour de cassation a jugé que « le droit pour un propriétaire de jouir de sa chose de la manière la plus absolue, sauf usage prohibé par la loi ou les règlements, est limité par l'obligation qu'il a de ne causer à la propriété d'autrui aucun dommage dépassant les inconvénients normaux du voisinage ». Le nouveau Code suédois de l'environnement de 1998, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1999, oblige la partie responsable dans une mesure raisonnable de la pollution à assumer les frais des enquêtes, du nettoyage et de l'atténuation des dommages. Le critère du caractère raisonnable est évalué par rapport a) au temps écoulé depuis la survenance de la pollution; b) au risque pour l'environnement; c) à la contribution de l'exploitant. L'Irlande a intégré, dans sa législation, des traités imposant la responsabilité objective pour les déversements de pétrole et déchets dangereux des navires. Elle s'apprête également à mettre en

dangereuses qu'il dirige peut être considérée comme ayant acquis ce statut<sup>75</sup>. L'imposition de la responsabilité objective pour les activités extrêmement ou anormalement dangereuses a été considérée comme le moyen le plus approprié, tant en *common law* qu'en droit civil, pour permettre aux victimes d'activités dangereuses et extrêmement dangereuses d'obtenir une indemnisation sans devoir établir la preuve de la faute à partir d'éléments de preuve techniques souvent détaillés<sup>76</sup>, ce qui les obligerait à avoir une connaissance approfondie d'activités ou d'opérations complexes. L'imposition de la responsabilité objective est d'autant plus justifiée lorsque le risque a été introduit de façon unilatérale par le défendeur<sup>77</sup>. Cependant, dans le cas des dommages découlant d'activités dangereuses, on peut légitimement considérer la responsabilité objective mais limitée de l'exploitant au plan international comme une indication de développement progressif du droit<sup>78</sup>.

---

œuvre la Directive européenne de 2004 qui impose la responsabilité objective et le principe du pollueur-payeur en cas de dommage environnemental; cette directive entrera en vigueur en 2007. Les tribunaux irlandais ont déjà commencé à appliquer le principe du pollueur-payeur. Au Brésil, la responsabilité objective est en train de devenir la norme en cas de dommages résultant d'activités dangereuses ou d'activités qui causent ou peuvent causer des dommages à l'environnement. L'intention n'a pas à être prouvée. En vertu de la loi nationale sur la gestion de l'environnement qu'elle a adoptée en 1998, l'Afrique du Sud impute la responsabilité objective aux exploitants qui peuvent causer, ont causé ou causent une pollution, une dégradation de l'environnement ou un dommage environnemental significatifs. Singapour considère comme objectivement responsable d'une infraction pénale le pollueur qui cause un dommage, même sans qu'il y ait intention ou négligence, et lui impose l'obligation de nettoyage.

*Note* : Les renseignements concernant les différentes législations et pratiques nationales sont fondés sur des mémoires sur le droit interne rédigés par les étudiants de la classe de droit environnemental du professeur Dinah Shelton de la faculté de droit de l'Université George Washington, de Washington, pour être présentés au Rapporteur spécial et qui sont conservés par lui. Voir également A/CN.4/543.

<sup>75</sup> Dans le document A/CN.4/543, le Secrétariat, après avoir examiné les législations et pratiques de droit interne concernant les activités anormalement dangereuses ou comportant des risques exceptionnels, conclut : « Cet aperçu du droit interne montre que la responsabilité objective, en tant que concept juridique, est apparemment admise aujourd'hui par la plupart des systèmes juridiques. L'étendue des activités sujettes à la responsabilité objective peut varier; dans certains pays, la gamme de ces activités est plus limitée que dans d'autres. Le fondement juridique de la responsabilité objective varie aussi : il peut s'agir d'une présomption sans faute de la notion de risque, d'activités dangereuses, etc. Cependant, il est évident que la responsabilité objective est un principe commun à un nombre appréciable de pays ayant des systèmes juridiques différents et ayant tous eu à réglementer les activités auxquelles s'applique ce principe. Si les modalités d'application de ce dernier peuvent varier selon les États, la façon dont les États interprètent et formulent ce principe est essentiellement la même. Le régime de la responsabilité objective est également employé de plus en plus dans la législation relative à la protection de l'environnement » (par. 112).

<sup>76</sup> Voir Elspeth Reid, *supra*, note 73, p. 756. Voir en outre A/CN.4/543, par. 23.

<sup>77</sup> A/CN.4/543. Voir également ce document pour un examen instructif de la notion de responsabilité en droit civil et en *common law*.

<sup>78</sup> Le Groupe de travail de la Commission a hésité en 1996 à désigner les dommages découlant de toutes les activités visées par les projets de principes comme relevant du régime de la responsabilité objective. La Commission avait noté que les notions de responsabilité objective ou absolue qui « sont familières et ont pris consistance dans le droit interne de nombreux États et par rapport à certaines activités en droit international ... n'ont pas encore été pleinement développées en droit international, s'agissant d'un groupe d'activités plus important telles que celles visées par l'article premier » (*Annuaire*, ... 1996, vol. II (deuxième partie), (A/51/10), annexe I, premier paragraphe du commentaire général relatif au chapitre III). Lorsqu'il a formulé cette conclusion, le Groupe de travail connaissait l'étude des régimes de responsabilité

28. Il y a cependant lieu de faire remarquer que, lorsque l'on transfère la notion de responsabilité objective du cadre national interne – où elle est certes bien établie, mais invoquée et appliquée de manière fort différente selon les juridictions – au cadre des normes internationales, il importe d'en définir avec soin les éléments constitutifs sans pour autant perdre de vue son objectif fondamental, qui est d'imputer à une personne, sans égard à la faute, la responsabilité d'avoir créé un risque en se livrant à une activité dangereuse. Une telle définition est nécessaire non seulement pour fixer les éléments les plus positifs de la notion de responsabilité objective telle qu'elle est pratiquée dans différentes juridictions, et lui assurer ainsi une large acceptation internationale, mais aussi pour faire en sorte que la norme adoptée serve effectivement la cause des victimes qui ont été exposées à des activités dangereuses et facilite l'obtention de mesures de réparation promptes et efficaces.

29. Plusieurs démarches sont possibles à cet égard<sup>79</sup>. On peut, par exemple, adopter une définition appropriée du terme dommage, ainsi qu'il a été fait dans le projet de principe 1, où il est précisé que le dommage s'entend d'un dommage causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement. On peut ensuite spécifier, tout en désignant la responsabilité objective comme norme de la responsabilité civile, que cette notion comprend tous les dommages prévisibles, entendus au sens le plus général, et que la connaissance de la gravité du danger potentiel ne constitue pas une condition préalable de la responsabilité. De plus, s'agissant de l'application de la règle, il peut être noté que l'exploitant n'a pas le loisir de plaider la non-responsabilité au motif que l'utilisation en cause est une utilisation naturelle, et qu'il suffit que l'utilisation comporte un risque de préjudice pour autrui pour établir la responsabilité.

30. La responsabilité civile admet certes des moyens de défense et les traités internationaux comme le droit interne prévoient de multiples cas d'exonération<sup>80</sup>. Cependant, pour faire ressortir le rôle que pourrait jouer le principe du pollueur-payeur dans l'économie générale des projets de principes relatifs à la répartition des pertes, il peut être opportun d'y insérer une liste minimale de ces exonérations, comprenant les actes de conflit armé, les hostilités, la guerre civile ou l'insurrection, les cas de force majeure ou les catastrophes naturelles et les actes de tiers, y compris les actes des victimes (ou faute de la victime)<sup>81</sup>.

---

établie par le Secrétariat (*Annuaire*, ... 1995, vol. II (première partie), A/CN.4/47).

<sup>79</sup> Pour les suggestions qui suivent, le Rapporteur spécial s'est inspiré des observations précieuses de Elspeth Reid, *supra*, note 73, p. 741 à 743. Voir également le chapitre I (B) de l'excellente étude des régimes de responsabilité établie par le Secrétariat, *supra*, note 64, par. 29 à 260. Dans l'affaire *M. C. Mehta c. Union of India*, AIR 1987 SC 1086 (l'affaire de la fuite de gaz Oleum), la Cour suprême de l'Inde a jugé que dans le cas des activités dangereuses, les dérogations qui pouvaient être invoquées pour éviter la responsabilité absolue ou objective, comme les dommages imprévisibles et l'utilisation naturelle, n'étaient pas admissibles (voir le rapport de la Commission indienne du droit, *supra*, note 70, p. 30).

<sup>80</sup> Voir A/CN.4/543.

<sup>81</sup> Les actes terroristes sont inclus dans l'instrument le plus récent relatif à la responsabilité, l'annexe 6 au Protocole de Madrid, concernant la responsabilité découlant de situations critiques pour l'environnement. Le début de l'article 8 de l'annexe, qui traite des exonérations de responsabilité, se lit comme suit : « Un opérateur n'est pas tenu pour responsable en vertu de l'article 6 s'il prouve que la situation critique pour l'environnement est le fait : a) d'un acte ou d'une omission nécessaire pour protéger la vie ou la sécurité humaine; b) d'un événement constituant dans les circonstances de l'Antarctique une catastrophe naturelle de caractère

### C. Obligations notables des États

31. La responsabilité des États pour les dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses ou extrêmement dangereuses ne semble recueillir aucun appui, même au titre du développement progressif du droit. Toutefois, il est nettement reconnu comme principe général du droit international que l'État doit s'acquitter de l'obligation de diligence raisonnable tant au stade de l'autorisation des activités dangereuses<sup>82</sup> qu'à celui du contrôle des activités en cours autorisées par lui, et ce, jusques après la survenance effective d'un dommage malgré tous les efforts faits pour le prévenir. Dans son arrêt relatif au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour internationale de Justice a noté la nécessité, et l'on pourrait dire l'obligation, de surveiller de façon continue les activités dangereuses, en raison de « la conscience que l'environnement est vulnérable et [de] la reconnaissance de ce qu'il faut continuellement évaluer les risques écologiques<sup>83</sup> ».

32. Ces obligations de droit coutumier emportent également certaines obligations corollaires. Aux fins des présents projets de principes, l'obligation visée entraîne, pour les États concernés, le devoir d'être vigilants et prêts à prévenir les dommages dans la mesure du possible et, lorsqu'ils surviennent, d'en atténuer les conséquences au moyen des meilleures techniques disponibles<sup>84</sup>. Les États sont dès lors tenus d'élaborer, à titre de mesures d'intervention, les plans d'urgence nécessaires et d'employer les meilleurs moyens à leur disposition lors de la survenance de la situation critique, conformément aux connaissances les plus récentes en matière de risques et aux moyens techniques, technologiques et financiers dont ils disposent pour les gérer. L'État concerné a également l'obligation, selon le droit coutumier, de notifier tous les États intéressés lorsqu'une situation critique survient en raison de l'activité en question, que le dommage transfrontière soit imminent ou soit déjà réalité<sup>85</sup>. Lorsqu'ils ont été informés, le droit coutumier fait également obligation

---

exceptionnel, qui n'aurait pas pu être raisonnablement prévue, que ce soit en général ou dans le cas particulier, sous réserve que toutes les mesures de prévention raisonnables ont été prises afin de réduire le risque de situations critiques pour l'environnement et leur impact négatif potentiel; c) d'un acte de terrorisme; ou d) d'un acte de belligérance contre les activités de l'opérateur. »

<sup>82</sup> L'obligation d'autorisation préalable s'accompagne d'une obligation de mener une étude d'impact sur l'environnement. Voir Xue Hanqin, *supra*, note 39, p. 166. Phoebe Okowa note au moins cinq types d'obligations corollaires associées à celle de mener une étude d'impact environnemental, notamment celle de définir clairement et de communiquer aux États susceptibles d'être touchés par une activité la nature de cette activité et ses conséquences probables. Toutefois, elle note qu'à quelques exceptions près, la plupart des conventions disposent que l'État qui propose l'activité est le seul habilité à déterminer la probabilité ou la gravité des effets néfastes. Aucun des traités examinés ne permet à des États tiers de proposer une évaluation complémentaire ou différente s'ils ne sont pas satisfaits de celles de l'État d'origine. Voir Phoebe N. Okowa, « Procedural Obligations in International environmental Agreements », BYBIL, vol. 68 (1996), p. 285. Sur la nature des études d'impact environnemental, voir *ibid.*, fn.25, p. 282 et 286.

<sup>83</sup> *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* (Hongrie/Slovaquie), arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, par. 112.

<sup>84</sup> *Ibid.*, par. 140. La Cour a indiqué qu'elle ne perdait pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages. Sur l'obligation d'utiliser les meilleures techniques disponibles, voir *supra*, note 71.

<sup>85</sup> Phoebe Okowa (*State Responsibility...*, *supra*, note 26, p. 170), qui a analysé en profondeur les différents éléments constituant des obligations de diligence raisonnable, notamment leur statut juridique, considère comme certaine l'obligation de l'État d'origine de notifier tous les États

aux États affectés de prendre eux aussi toutes les mesures appropriées et raisonnables pour atténuer le dommage auquel ils sont exposés<sup>86</sup>. La diligence raisonnable que doit exercer un État à cet égard est évidemment celle que l'on associe à la bonne gouvernance. Il n'en faut pas moins se rappeler qu'étant donné l'écart important qui existe entre les conditions sociales et économiques des États, comme le rappelle avec tant de pertinence le principe 11 de la Déclaration de Rio, les normes appliquées par certains pays peuvent ne pas convenir à d'autres pays, en particulier à des pays en développement, et leur imposer un coût économique et social injustifié<sup>87</sup>.

#### D. Le principe de non-discrimination et les normes minimales

33. Le paragraphe 3 du projet de principe 6 fait référence au principe de non-discrimination, selon lequel les États doivent s'assurer que les recours offerts aux victimes de dommages transfrontières ne sont pas moins rapides, adéquats et effectifs que ceux dont disposent leurs nationaux. Ce principe comprend donc une composante de procédure et une composante de fond. La première, procédurale, veut que l'État d'origine offre des recours judiciaires aux résidents de l'État touché sur un pied d'égalité avec ses nationaux. Cette exigence est de plus en plus acceptée dans la pratique des États<sup>88</sup>. La teneur exacte de la seconde composante du principe

---

concernés lors de la survenance d'une situation critique des dangers auxquels ils sont exposés.

<sup>86</sup> Dans l'affaire du *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, pour justifier la mise en service sur le Danube de la variante C, par laquelle elle s'appropriait près de 80 à 90 % de l'eau de ce fleuve, face au refus de la Hongrie de respecter les termes du traité qu'elle avait conclu avec la Tchécoslovaquie en 1977, la Slovaquie a plaidé que « c'est un principe de droit international qu'une partie lésée du fait de la non-exécution d'un engagement pris par une autre partie doit s'employer à atténuer les dommages qu'elle a subis ». À propos de ce principe, la Cour a noté : « Il découlerait d'un tel principe qu'un État lésé qui n'a pas pris les mesures nécessaires à l'effet de limiter les dommages subis ne serait pas en droit de réclamer l'indemnisation de ce qui aurait pu être évité. » La Cour a ensuite fait observer : « Si ledit principe pourrait ainsi fournir une base pour le calcul de dommages et intérêts, en revanche, il ne saurait justifier ce qui constitue par ailleurs un fait illicite. » Par ailleurs, la Cour, ayant jugé la mise en service de la variante C illicite, n'a pas examiné le principe de l'obligation des États touchés d'atténuer les effets des dommages auxquels ils sont exposés. Voir arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7, par. 80. Le fait même que la Cour ait été disposée à considérer l'inaction d'un État à cet égard comme un facteur important pour le calcul des dommages et intérêts auxquels cet État pourrait avoir droit constitue une reconnaissance importante, en droit international général, de l'obligation qui incombe aux États touchés par un dommage transfrontière d'atténuer ce dommage autant que possible.

<sup>87</sup> Pour des éléments sur certaines des règles générales de droit international applicables au respect de l'obligation de diligence raisonnable, voir Peter-Tobias Stoll, *supra*, note 71, p. 180 à 183, et au sujet de la nécessité d'appliquer la norme de la diligence raisonnable en tenant dûment compte des facteurs économiques et sociaux qui touchent les États, p. 181 et 182. Pour l'idée selon laquelle la communauté des États, si elle « souhaite que de meilleures technologies soient utilisées, peut atteindre cet objectif en transférant la technologie de conservation ou de prévention appropriée aux États qui n'y ont pas accès pour des raisons économiques ou autres », voir Wolfrum, *supra*, note 71, p. 15 et 16.

<sup>88</sup> Voir Alexander Kiss et Dinah Shelton, *International Environmental...*, *supra*, note 66, p. 201 à 203, et Birnie et Boyle, *International Law...*, *supra*, note 48, p. 269 et 270. La composante procédurale du principe de non-discrimination exigerait la suppression de certaines dispositions du droit procédural de l'État d'origine, notamment, selon Cuperus et Boyle, « le cautionnement pour frais exigé des demandeurs étrangers, le refus d'accorder une aide judiciaire et l'exclusion de la compétence sur les actions en justice concernant l'étranger » (K. W. Cuperus et

de non-discrimination, qui concerne le fond, soulève en revanche des questions plus difficiles et ne recueille pas la même adhésion<sup>89</sup>. Il paraîtrait approprié de considérer que le principe est intégralement respecté dès lors que les mêmes recours sont, sur le fond, offerts aux victimes transfrontières et aux nationaux.

34. Ainsi considéré, comme le note le paragraphe 7 du commentaire relatif au projet de principe 6, malgré ses inconvénients, « ce principe va au-delà de l'obligation faite aux États de satisfaire à une norme minimale d'efficacité s'agissant des recours ouverts aux demandeurs transfrontières pour ce qui est de l'accès à l'information et s'agissant d'assurer la coopération voulue entre les tribunaux et les autorités nationales compétents de part et d'autre des frontières nationales »<sup>90</sup>. Ainsi qu'il est dit dans le même commentaire, l'inconvénient demeure que le paragraphe 3 du principe 6 « n'atténue pas ni ne résout les problèmes concernant la loi applicable », ni ne le peut, compte tenu de l'économie du projet, ce qui constitue un facteur important et, à l'heure actuelle, « un obstacle » s'agissant d'offrir des recours judiciaires rapides, adéquats et effectifs aux victimes. Les États, avec l'assistance d'organes spécialisés compétents, doivent continuer de s'efforcer, à l'échelon bilatéral et multilatéral, d'atténuer ces problèmes.

35. Dans certaines régions, la teneur des normes minimales est constamment améliorée. Cependant, la généralisation de telles normes à l'échelle mondiale exige une plus grande intégration économique, sociale et politique des valeurs dans différents États et différentes régions du monde<sup>91</sup>. Aussi, bien qu'il ne soit pas possible d'assurer une égalité absolue dans toutes les juridictions par l'application à l'échelle planétaire de normes minimales communes, il devrait du moins être possible de dire que le principe de non-discrimination suppose bien que des recours appropriés et une indemnisation adéquate sont ouverts aux nationaux d'abord en cas

---

A. E. Boyle, *Articles on Private Law Remedies for Transboundary Damage in International Watercourses*, Association de droit international, rapport de la soixante-septième Conférence, Helsinki (1986), p. 406 et 407).

<sup>89</sup> Birnie et Boyle notaient que, pour autant qu'il soit possible d'examiner la pratique des États dans un domaine aussi peu uniforme que celui de l'égalité d'accès, la situation ne se prête guère à une description claire (*ibid.*, p. 271 à 274). À propos des limites de la règle de non-discrimination, voir *ibid.*, p. 274 et 275. Voir également Xue Hanqin, *Transboundary...*, *supra*, note 39, p. 106 et 107. Voir aussi Alexander Kiss et Dinah Shelton, *International Environmental...*, *supra*, note 66, p. 201 à 203. Birnie et Boyle, *International Law*, *supra*, note 48, p. 269 et 270, P. M. Dupuy, « La contribution du principe de non-discrimination à l'élaboration du droit international de l'environnement », *Revue québécoise de droit international*, vol. 7 (1991-1992), p. 135. Pour un article affirmant que le principe de non-discrimination est devenu un principe du droit international général, voir Henri Smets, « Le principe de non-discrimination en matière de protection de l'environnement », *Revue européenne de droit de l'environnement*, 1/2000, p. 3. À propos des limites de la règle de non-discrimination, voir Birnie et Boyle, *ibid.*, p. 274 et 275.

<sup>90</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, principe 6, commentaire, par. 7.

<sup>91</sup> Xue Hanqin (*Transboundary...*, *supra*, note 39, p. 107 et 108) exprime bien cette idée lorsqu'elle note tout d'abord que « la réparation des dommages ne concerne pas seulement la justice, mais est une question économique qui exige une allocation de ressources » et ensuite que même « à l'intérieur d'un même écosystème où toutes les parties des ressources entretiennent entre elles des liens naturels, on ne saurait faire fi des frontières nationales, puisque des régimes politiques, économiques et sociaux différents coexistent à l'intérieur de ces systèmes ».

de dommages résultant d'activités dangereuses et que les mêmes recours et indemnisations sont également offerts aux victimes transfrontières.

## E. Assurer une indemnisation prompte et adéquate

36. Le projet de principe 3 indique que les projets de principes visent essentiellement à assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes. La norme relative au caractère prompt et adéquat de l'indemnisation, qui a été considérée comme la contribution la plus importante de l'ébauche adoptée par la Commission en 2004, s'appuie sur la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la Fonderie de Trail, sur le principe 10 de la Déclaration de Rio et sur le paragraphe 2 de l'article 235 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, sur le premier paragraphe de l'article 2 des articles d'Helsinki sur les cours d'eau internationaux de 1996, élaborés par l'Association de droit international, et sur les précédents du droit relatif aux droits de l'homme<sup>92</sup>.

37. Dans ce contexte, il convient de préciser que le « caractère prompt » concerne les procédures régissant l'accès aux tribunaux et les décisions qui doivent être prises conformément au droit interne afin de déterminer l'indemnisation à verser dans un cas d'espèce. Il est d'autant plus nécessaire de souligner ce critère que les poursuites en réparation devant les juridictions internes peuvent entraîner des coûts importants et se prolonger pendant plusieurs années. Afin d'élargir l'accès à une justice efficace et rapide, il a été suggéré de créer des tribunaux spéciaux nationaux ou internationaux dans le domaine de l'environnement<sup>93</sup>. En revanche, une indemnisation « adéquate » peut s'interpréter de différentes manières<sup>94</sup>. Par exemple, le versement d'un montant forfaitaire ayant fait l'objet d'un accord à l'issue de négociations entre l'exploitant ou l'État d'origine et les victimes ou les autres États affectés après le regroupement des demandes d'indemnisation de toutes les victimes constitue une indemnisation adéquate. Une indemnisation fixée par un tribunal dans le cadre d'une affaire dont il a été saisi est une indemnisation adéquate à condition que la procédure ait été régulière. Quoi qu'il en soit, une indemnisation qui n'est ni arbitraire ni hors de toute proportion avec le dommage effectivement subi, même si elle n'est pas intégrale, peut être considérée comme adéquate. En d'autres termes, adéquat ne signifie pas « suffisant ».

<sup>92</sup> Pour des indications utiles sur la solidité du principe d'indemnisation prompte et adéquate, voir Boyle, *Globalizing...*, *supra*, note 64, p. 18.

<sup>93</sup> A. Rest, « Need for an International Court for Environment? Underdeveloped Legal Protection for the Individual in Transnational Litigation », *Environmental Policy and Law*, vol. 24 (1994), p. 173 à 187. À l'échelon national, la Commission indienne du droit a défendu de façon convaincante la création de tribunaux nationaux de l'environnement en Inde (voir Commission indienne du droit, cent quatre-vingt sixième rapport sur une proposition de création de tribunaux de l'environnement, septembre 2003). L'accès aux tribunaux, en particulier en ce qui concerne les questions relatives à l'environnement, est un aspect essentiel de l'article 21 de la Constitution indienne. La Nouvelle-Zélande et l'Australie ont déjà des tribunaux de l'environnement. Voir le site <<http://lawcommissionofindia.nic.in/reports>>.

<sup>94</sup> Pour une énumération exhaustive des cas d'application du principe d'une indemnisation prompte, adéquate et effective dans la pratique, voir Rene Lefebvre, *Transboundary Environmental...* *supra*, note 26, chap. 7, p. 229 à 312.

#### IV. Forme finale des projets de principes

38. Il faut d'abord faire observer que bien que les projets relatifs à la prévention et à la répartition des pertes en cas de dommages (y compris la responsabilité) aient été conçus à l'origine comme un tout, ils ont en fait été élaborés, sur le fond, en parallèle. Les projets d'articles sur la prévention ont été rédigés à la faveur d'un large consensus, et leur contenu a recueilli une adhésion croissante dans la pratique des États et, ce qui est plus important encore, dans les décisions judiciaires qui ont été rendues dans de nombreuses régions du monde. Par contre, les projets de principes sur la répartition des pertes sont fondés sur quelques principes généraux faisant largement consensus. Par exemple, l'objectif principal des projets de principes, à savoir l'obligation d'assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières, est bien accepté dans la pratique des États et dans les décisions judiciaires internes, et certains commentateurs le considèrent comme un principe général du droit international. Aussi s'est-il trouvé un commentateur pour suggérer que la Commission envisage de modifier le libellé des projets de principes 4 1), 6 1) et 3) pour faire de ces recommandations des textes plus prescriptifs, en remplaçant, dans la version anglaise, le mot « should » par « shall », si les avancées de la Commission sur ce sujet important ne se réduisent pas à une simple « illusion »<sup>95</sup>.

39. Toutefois, s'agissant de l'ensemble des obligations annexes qui sont tout aussi importantes que l'obligation de base si celle-ci doit être pleinement exécutée, il faudra encore attendre pour qu'elles soient reconnues par les tribunaux et affirmées dans la pratique des États. Les obligations de conduite et de diligence raisonnable que les projets de principes invitent les États à assumer pour donner plein effet au principe de l'indemnisation prompte et adéquate à assurer aux victimes de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses, par comparaison avec les obligations de diligence raisonnable imposées aux États dans le cadre de la prévention, doivent être acceptées de façon plus large et plus uniforme par les États. Elles doivent aussi être confirmées non pas par quelques rares décisions judiciaires, comme c'est le cas actuellement, mais par des tribunaux du monde entier. On peut citer à titre d'exemple : l'obligation pour l'État de prévoir la constitution d'un éventail plus large de fonds, et de participer à de tels fonds pour satisfaire les demandes d'indemnisation lorsque l'exploitant ne peut y faire face en raison soit des limites de responsabilité spécifiées dans le droit interne, soit de son insolvabilité; l'obligation pour l'État d'assurer, et pour l'exploitant d'obtenir, une couverture d'assurance suffisante pour les activités dangereuses présentant des risques<sup>96</sup>; l'obligation pour l'État de mettre en place un plan d'urgence et de détenir des moyens techniques et économiques proportionnels aux risques de l'activité; l'obligation complémentaire pour l'État non seulement de surveiller des opérations techniques complexes, mais également de mettre en œuvre des mesures

<sup>95</sup> Boyle, *Globalizing... supra*, note 64, p. 19.

<sup>96</sup> Les négociations sur la responsabilité pour les dommages causés à l'environnement au sein de l'Union européenne ont apparemment duré près de 15 ans avant qu'une directive ne soit adoptée et l'une des dernières questions ayant fait obstacle à la conclusion de l'accord était celle de l'assurance. À titre de compromis, la souscription d'assurances est facultative et non obligatoire (voir « L'Union européenne fera payer les pollueurs pour les dommages à l'environnement », Agence France Presse, cité dans le mémoire sur le droit interne suédois établi par des étudiants de la faculté de droit de l'Université George Washington, *supra*, note 74, p. 17, archives du Rapporteur spécial).

d'intervention efficaces en cas d'incident; et l'obligation de dépasser le principe de base de non-discrimination et d'offrir des recours administratifs et judiciaires et une indemnisation conformes à certaines normes minimales, sur lesquelles il n'existe pour l'heure pas d'entente ni de consensus suffisants.

40. La difficulté à dégager un consensus international s'explique facilement. Les régimes juridiques et les pratiques des États diffèrent même lorsqu'ils adhèrent aux mêmes systèmes de droit. Les difficultés inhérentes à une harmonisation à l'échelle planétaire tombent également sous le sens. D'autres facteurs sont les réalités politiques, les priorités de développement et les ressources limitées des États en développement, faits que confirment l'étude du statut juridique des principes évoqués précédemment ainsi que les rapports précédents et les conclusions formulées par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport sur la répartition des pertes<sup>97</sup>.

41. Il y a peut-être également lieu de rappeler que la Commission a discuté par le passé de la forme à donner au résultat final de l'examen du présent sujet. Certains ont suggéré d'adopter un « accord-cadre » sans rédiger de règles primaires, d'autres d'adopter des principes directeurs pour aider les États à donner un contenu plus positif à l'obligation fondamentale de coopération. « En tout état de cause », note Sinclair, « aucune décision n'a été prise sur la forme du produit final, bien qu'il ressorte du débat que le sujet ne se prête peut-être pas au traitement que la Commission applique habituellement à la rédaction d'articles destinés à être insérés dans une convention »<sup>98</sup>.

42. La présentation du résultat final sous une forme prescriptive ne présente d'intérêt que si elle est possible et réalisable<sup>99</sup>. On ne saurait non plus nier l'intérêt de présenter le produit final sous forme de projets de principes lorsque aucune autre solution n'est possible<sup>100</sup>. Le commentaire relatif au projet de principes rappelle

<sup>97</sup> Voir conclusion (10), A/CN.4/540, par. 36.

<sup>98</sup> Sinclair, *The International Law Commission... supra*, note 61, p. 38.

<sup>99</sup> Selon un auteur, « les obligations concrètes (actions et mesures précises) sont en général plus strictes et plus rigoureuses et il est, *ceteris paribus*, beaucoup plus facile d'en vérifier l'application que dans le cas d'autres types d'obligations. En outre, les obligations concrètes peuvent prévenir les différends, en particulier si elles constituent en même temps, implicitement ou automatiquement, des droits directs des parties, comme les obligations relatives aux activités transfrontières (par exemple la Convention de Rotterdam de 1998 sur la procédure de consentement préalable en connaissance de cause applicable à certains produits chimiques et pesticides dangereux qui font l'objet d'un commerce international et la Convention sur la diversité biologique) »; voir Veit Koester, « Global Environmental Agreements – Drafting, Formulation and Character », *Environmental Policy and Law*, vol. 35/4-5 (2005), p. 173. Toutefois, la plupart des accords multilatéraux sur l'environnement, étant adoptés par consensus, sont un bon exemple de « l'art du possible ». Le processus d'adoption de ces accords a été qualifié de recherche du « plus petit dénominateur commun », voire de façon encore plus pessimiste. Mais il reste que « les pays désireux de devenir parties à de tels accords cherchent à faire adopter les dispositions qu'ils pourront mettre en œuvre, et évaluent à cette fin non seulement dans quelle mesure, par exemple, ils devront modifier leur législation nationale, mais également la faisabilité, les conséquences économiques, etc., de telles dispositions que l'on ne saurait guère leur reprocher. » (Ibid., p.170).

<sup>100</sup> Ibid., p. 174. L'auteur fait observer que « les instruments de “soft law” offrent de nombreux avantages, par exemple celui de promulguer des engagements clairs (ambigus), qui sont plus efficaces parce que plus faciles à traduire en mesures concrètes et se prêtant plus aisément à l'examen et à l'évaluation. La recherche montre également que l'influence de tels instruments sur les comportements peut être très positive et que les “ avantages des instruments non impératifs sont souvent, pour plusieurs raisons, plus évidents lorsqu'ils sont appliqués

qu'en définitive, la Commission a conclu que le projet de principes recommandés aurait l'avantage de ne pas nécessiter l'harmonisation, vraisemblablement irréalisable, des législations et des systèmes juridiques nationaux. Elle estime également que les dispositions de fond sont plus susceptibles d'être largement acceptées si elles sont formulées sous forme de projet de principes recommandés<sup>101</sup>.

43. Le large consensus ainsi obtenu, s'ajoutant à la qualité de la teneur même des principes, contribuerait à leur mise en œuvre par les instances judiciaires et politiques aux échelons national et international, ce qui pourrait ouvrir la voie à une codification du droit international sur ce sujet par voie de traité.

44. Compte tenu de cette réalité, il serait approprié, selon le Rapporteur spécial, de confirmer que le produit final de l'examen de la répartition des pertes sera présenté sous la forme de projets de principes. Cependant, la Commission voudra peut-être examiner sérieusement la possibilité de coucher dans des termes plus prescriptifs les dispositions relatives à l'obligation fondamentale de verser une indemnisation et au droit de recours.

## V. Relation entre les projets de principes et les projets d'articles sur la prévention

45. La question se pose maintenant de la relation entre les projets d'articles sur la prévention, sur lesquels l'Assemblée générale doit encore se prononcer, et les projets de principes sur la répartition des pertes. Il serait possible, selon nous, pour l'Assemblée générale, d'adopter les projets d'articles sur la prévention. En 2001 déjà, la Commission avait recommandé à l'Assemblée générale d'élaborer une convention faisant fond sur les projets d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses. Selon qu'il sera jugé approprié, cet examen pourrait être confié à un groupe de travail de la Sixième Commission, qui pourrait envisager d'inclure certains éléments de responsabilité dans les projets d'articles sur la prévention, en consacrant dans un projet d'article l'obligation des États d'offrir des recours judiciaires effectifs et une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières. Il pourrait être précisé dans ce projet d'article que cette obligation de base doit être respectée en tenant compte des projets de principes sur la répartition des pertes, auxquels la Commission voudra peut-être donner leur forme définitive en seconde et dernière lecture. Ces projets de principes pourraient être annexés séparément à la résolution d'accompagnement.

46. Il serait également possible de traiter les aspects de prévention et de responsabilité de façon tout à fait séparée, bien qu'ils soient interdépendants. L'Assemblée générale adopterait alors deux résolutions distinctes dans lesquelles elle approuverait et adopterait les projets d'articles sur la prévention, d'une part, et les projets de principes sur la répartition des pertes, de l'autre. La Commission pourrait suggérer ces possibilités à l'Assemblée, à qui il appartient en définitive de prendre une décision après avoir dûment examiné la question.

---

conjointement avec des mesures juridiquement contraignantes". Les instruments de "soft law" peuvent donc être un moyen de renforcer l'efficacité d'autres mesures. En outre, ils peuvent promouvoir le respect des traités et prévenir les différends grâce à l'éclairage qu'ils projettent sur la teneur détaillée et précise des engagements consacrés par les traités. »

<sup>101</sup> Commentaire général, par. 14, Commentaire, *supra*, note 15, p. 160.