

Chapitre VI

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES 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)

A. – Introduction

154. À sa trentième session en 1978, la Commission a inscrit à son programme de travail le sujet intitulé «Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international» et nommé Robert Quentin-Baxter rapporteur spécial¹⁶⁰.

155. Entre sa trente-deuxième session, en 1980, et sa trente-sixième session, en 1984, la Commission a reçu et examiné cinq rapports du Rapporteur spécial¹⁶¹, où celui-ci s'efforçait d'établir la base théorique de l'étude du sujet et proposait une ébauche de plan, ainsi que cinq articles. L'ébauche de plan était contenue dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la Commission à sa trente-quatrième session en 1982. Les cinq articles ont été proposés dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la Commission à sa trente-sixième session. La Commission les a examinés, mais n'a pas pris de décision sur leur renvoi au Comité de rédaction.

156. À sa trente-sixième session, la Commission était également saisie des réponses à un questionnaire que le Conseiller juridique de l'ONU avait envoyé en 1983 à 16 organisations internationales choisies à cet effet afin de déterminer, entre autres choses, dans quelle mesure les obligations que les États ont les uns envers les autres et dont ils s'acquittent en tant que membres d'organisations internationales pouvaient correspondre ou suppléer à certaines des procédures envisagées dans l'ébauche de plan¹⁶². Elle était saisie en outre d'un document du Secrétariat intitulé «Étude de la pratique des États concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international»¹⁶³.

¹⁶⁰ À cette session, la Commission avait créé un groupe de travail chargé d'examiner, à titre préliminaire: la portée et la nature du sujet. Pour le rapport du Groupe de travail, voir *Annuaire... 1978*, vol. II (2^e partie), p. 167 à 169.

¹⁶¹ Les cinq rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit: rapport préliminaire: *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/334 et Add.1 et 2, p. 243; deuxième rapport: *Annuaire... 1981*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/346 et Add.1 et 2, p. 107; troisième rapport: *Annuaire... 1982*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/360, p. 61; quatrième rapport: *Annuaire... 1983*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/373, p. 209; cinquième rapport: *Annuaire... 1984*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/383 et Add.1, p. 161.

¹⁶² *Annuaire... 1984*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/378, p. 135.

¹⁶³ *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), additif, doc. A/CN.4/384. Voir aussi «Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet "responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables

157. À sa trente-septième session, en 1985, la Commission a nommé M. Julio Barboza rapporteur spécial pour le sujet. De sa trente-septième session à sa quarante-huitième session, en 1996, elle a reçu 12 rapports du nouveau Rapporteur spécial¹⁶⁴.

158. À sa quarante-quatrième session, tenue en 1992, la Commission a créé un groupe de travail qui était chargé d'examiner certaines questions d'ordre général touchant la portée et l'orientation des travaux futurs sur le sujet, ainsi que l'approche à adopter à cet égard¹⁶⁵. Sur la base de la recommandation du Groupe de travail, la Commission a décidé de poursuivre les travaux sur le sujet en procédant par étapes, à savoir : commencer par mener à bien les travaux sur la prévention du dommage transfrontière et passer ensuite aux mesures correctives. Étant donné l'ambiguïté de l'intitulé anglais du sujet, la Commission a décidé de continuer de prendre comme hypothèse de travail que le sujet concernait des «activités» et de remettre à plus tard toute modification formelle du titre¹⁶⁶.

159. À sa quarante-huitième session, en 1996, la Commission a décidé de reconstituer le Groupe de travail pour qu'il examine le sujet sous tous ses aspects, à la lumière des rapports du Rapporteur spécial et des débats que la Commission avait tenus au fil des années, et formule des recommandations à l'attention de celle-ci. Le Groupe de travail a soumis un rapport¹⁶⁷ qui brossait un tableau

déoulant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international», *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/471, p. 67.

¹⁶⁴ Les 12 rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit: rapport préliminaire: *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/394, p. 97; deuxième rapport: *Annuaire... 1986*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/402, p. 149; troisième rapport: *Annuaire... 1987*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/405, p. 49; quatrième rapport: *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/413, p. 253; cinquième rapport: *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/423, p. 145; sixième rapport: *Annuaire... 1990*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/428 et Add.1, p. 87; septième rapport: *Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/437, p. 73; huitième rapport: *Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/443, p. 61; neuvième rapport: *Annuaire... 1993*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/450, p. 201; dixième rapport: *Annuaire... 1994*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/459, p. 137; onzième rapport: *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/468, p. 55; douzième rapport: *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/475 et Add.1, p. 29.

¹⁶⁵ Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), par. 341 à 343, p. 53 et 54.

¹⁶⁶ Pour une recommandation détaillée de la Commission, voir *ibid.*, par. 344 à 349.

¹⁶⁷ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), annexe I, p. 108.

complet du sujet, traitant du principe de prévention et de l'obligation d'accorder une indemnisation ou autre réparation et en présentant des articles assortis de commentaires.

160. À sa quarante-neuvième session, en 1997, la Commission a constitué un groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international en le chargeant d'examiner la manière dont elle devrait poursuivre ses travaux sur le sujet¹⁶⁸. Le Groupe de travail a analysé les travaux réalisés par la Commission sur le sujet depuis 1978. Il a noté que la portée et la teneur du sujet demeuraient floues, en raison, par exemple, de difficultés d'ordre conceptuel et théorique, de l'intitulé et du rapport du sujet avec la «Responsabilité des États». Le Groupe de travail a noté également que les deux questions que la Commission avait abordées dans le cadre du sujet, à savoir la «prévention» et la «responsabilité internationale» (*international liability*), bien que liées entre elles, étaient distinctes l'une de l'autre. Le Groupe de travail est donc convenu que les questions de la prévention et de la responsabilité devraient être dorénavant traitées séparément.

161. La Commission a donc décidé de poursuivre ses travaux sur le sujet en examinant d'abord la question de la prévention sous le sous-titre «Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses»¹⁶⁹. L'Assemblée générale a pris note de cette décision au paragraphe 7 de sa résolution 52/156. À la même session, la Commission a nommé M. Pemmaraju Sreenivasa Rao rapporteur spécial pour cette partie du sujet¹⁷⁰. Entre sa cinquantième (1998) et sa cinquante-deuxième session (2000), la Commission a reçu trois rapports du Rapporteur spécial¹⁷¹.

162. À sa cinquantième session, en 1998, la Commission a adopté en première lecture 17 projets d'article concernant la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses¹⁷². À sa cinquante-troisième session, en 2001, la Commission a adopté le texte final d'un projet constitué d'un préambule ainsi que de 19 articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses¹⁷³, concluant ainsi son travail sur la première partie du sujet. La Commission a également recommandé à l'Assemblée générale l'élaboration d'une convention sur la base de ce projet d'articles¹⁷⁴.

¹⁶⁸ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), chap. I^{er}, par. 9, p. 8, et chap. VII, par. 162, p. 60.

¹⁶⁹ *Ibid.*, par. 168, al. a.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Les trois rapports du Rapporteur spécial sont reproduits comme suit: premier rapport: *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/487 et Add.1, p. 175; deuxième rapport: *Annuaire... 1999*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/501, p. 125; troisième rapport: *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/510, p. 121. La Commission était en outre saisie des commentaires et observations reçus des gouvernements: voir *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/509, p. 137, et *Annuaire... 2001*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/516.

¹⁷² *Annuaire... 1998*, vol. II (2^e partie), par. 52, p. 20.

¹⁷³ *Annuaire... 2001*, vol. II (2^e partie), par. 97, p. 157.

¹⁷⁴ *Ibid.*, par. 94, p. 156.

163. Au paragraphe 3 de sa résolution 56/82, l'Assemblée générale a prié la Commission de reprendre l'examen du volet «responsabilité» du sujet, en tenant compte des liens entre les volets «prévention» et «responsabilité», de l'évolution du droit international et des observations des gouvernements.

164. À sa cinquante-quatrième session en 2002, la Commission a repris l'examen de la deuxième partie du sujet et a constitué un groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international chargé d'établir l'ébauche conceptuelle du sujet¹⁷⁵. Dans son rapport¹⁷⁶, le Groupe de travail a rappelé certains principes retenus à l'origine et exposé ses vues sur la portée du sujet intitulé «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)» et les pistes à suivre. La Commission a adopté le rapport du Groupe de travail et désigné M. Pemmaraju Sreenivasa Rao rapporteur spécial pour le sujet¹⁷⁷.

B. – Examen du sujet à la présente session

165. À la présente session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial sur le régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses (A/CN.4/531). Elle a examiné le rapport de sa 2762^e à sa 2769^e séances, tenues les 23, 27, 28 et 30 mai et du 3 au 6 juin 2003.

166. À sa 2769^e séance, la Commission a constitué un groupe de travail à composition non limitée sous la présidence de M. Pemmaraju Sreenivasa Rao pour aider le Rapporteur spécial à déterminer les orientations futures des travaux sur le sujet à la lumière de son rapport et des débats à la Commission. Le Groupe de travail a tenu trois séances.

1. PRÉSENTATION PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL DE SON PREMIER RAPPORT

167. Le Rapporteur spécial a indiqué que son rapport comprenait trois parties. Dans la première partie, il avait fait le point sur les travaux de la Commission consacrés au sujet, en analysant en premier lieu les démarches suivies par Robert Quentin-Baxter (par. 6 à 9) et Julio Barboza (par. 10 à 14). Il y examinait aussi certaines questions connexes à propos desquelles des clivages étaient apparus au sein de la Commission, en précisant dans quelle mesure elles avaient été résolues ou subsistaient¹⁷⁸.

¹⁷⁵ *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), par. 441, p. 94.

¹⁷⁶ *Ibid.*, par. 442 à 457, p. 94 à 96.

¹⁷⁷ *Ibid.*, par. 441.

¹⁷⁸ Le problème du lien solide établi entre la prévention et la responsabilité dans les démarches adoptées par Quentin-Baxter et Barboza, lien qui avait été jugé hypothétique, a été réglé aux termes de la décision prise par la Commission de diviser le sujet en deux volets et de traiter d'abord de la prévention puis de la responsabilité. D'autres questions demeurées en suspens étaient: a) la responsabilité (*liability*) des États et le rôle de la responsabilité objective en tant que fondement d'un régime international; b) le champ des activités couvertes et

168. Le Rapporteur spécial a rappelé que la Commission avait fait siennes les recommandations du Groupe de travail constitué en 2002¹⁷⁹, à savoir: *a*) limiter la portée du sujet aux mêmes activités que celles relevant du projet d'articles sur le régime de prévention, c'est-à-dire les activités non interdites par le droit international qui risquaient, par leurs conséquences physiques, de causer un dommage transfrontière significatif; *b*) concentrer l'attention sur les dommages pouvant apparaître pour diverses raisons mais ne mettant pas nécessairement en jeu la responsabilité (*responsibility*) de l'État; *c*) traiter le sujet sous l'angle de la répartition de la charge des pertes entre les différents agents intervenant dans les activités dangereuses; *d*) inclure dans le champ du sujet les pertes correspondant à des dommages aux personnes, aux biens, y compris ceux relevant de la propriété de l'État et du patrimoine naturel, et à l'environnement relevant de la juridiction nationale.

169. La première partie du rapport à l'étude traitait par ailleurs de considérations de principe générales ayant un rapport avec le sujet (par. 43 à 46) et qui avaient servi en substance de base de travail à la Commission, à savoir: *a*) chaque État jouissait à l'intérieur de son territoire d'une liberté d'action, dans les limites compatibles avec les droits et intérêts des autres États; *b*) la protection desdits droits et intérêts exigeait l'adoption de mesures de prévention et de mesures de réparation en cas de dommage; et *c*) dans la mesure où cela serait compatible avec les deux principes précédents, la victime innocente¹⁸⁰ ne devait pas supporter exclusivement la charge du dommage qu'elle avait subi.

170. Le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses¹⁸¹ visait le premier point et, en partie, le deuxième, et la Commission devait maintenant se tourner vers les éléments restant à traiter. En particulier, les États devaient être encouragés à conclure des accords internationaux et à mettre en place la législation et les mécanismes d'application qui permettent de mettre en œuvre rapidement des mesures correctives efficaces, y compris une indemnisation dans le cas des activités comportant le risque de causer un dommage transfrontière significatif.

171. Le Rapporteur spécial a noté aussi qu'il était généralement admis que tout régime de responsabilité et d'indemnisation devrait viser, autant que possible, à ne pas laisser à la charge de la victime innocente la perte causée par un dommage transfrontière découlant d'une activité dangereuse, mais qu'une indemnisation intégrale n'était peut-être pas possible dans tous les cas. Les facteurs qui réduisaient les possibilités d'obtenir une indemnisation intégrale étaient instamment les suivants: la définition du dommage, la preuve du dommage subi à produire, le droit applicable, les limitations de la responsabilité de l'exploitant et les contraintes de fonctionnement des mécanismes contributifs et complémentaires de financement.

les critères à appliquer pour délimiter le «dommage transfrontière»; et *c*) le seuil de dommage à envisager eu égard à la portée du sujet.

¹⁷⁹ Voir *supra* note 176.

¹⁸⁰ L'expression «victime innocente» est commodément employée pour désigner les personnes qui ne sont pas responsables du dommage transfrontière.

¹⁸¹ Voir *supra* note 173.

172. La deuxième partie du rapport était consacrée à une analyse sectorielle et régionale de traités et autres instruments (par. 47 à 113). Certains fonctionnaient bien; d'autres n'étaient pas encore en vigueur mais présentaient un intérêt en tant qu'exemples de régime d'imputation des pertes consécutives à un dommage transfrontière¹⁸². Le Rapporteur spécial a indiqué que le régime de responsabilité (*liability*) régissant les activités dans l'espace extra-atmosphérique était le seul qui prévoyait la responsabilité (*liability*) de l'État.

173. Le Rapporteur spécial a conclu de cet examen que le tableau était contrasté. Bien que certains instruments ne soient pas encore en vigueur ou qu'ils n'aient pas été largement ratifiés, une tendance continuait de se dessiner clairement en faveur d'une analyse plus poussée des aspects de la responsabilité (*liability*). Le Rapporteur spécial a appelé d'autre part l'attention sur les caractéristiques communes aux régimes étudiés et a abordé des questions fondamentales touchant la responsabilité civile, notant en particulier que les questions juridiques en jeu dans un régime de responsabilité civile étaient complexes et qu'elles ne pouvaient être résolues qu'au regard du fond de la cause. L'issue serait également fonction de la juridiction instruisant l'affaire et du droit applicable. Il était certes possible de négocier des arrangements conventionnels particuliers pour déterminer le régime juridique applicable à l'exercice d'une activité, mais le Rapporteur spécial s'est gardé de tirer quelque conclusion générale que ce soit quant au régime de responsabilité civile, car cela risquait d'amener la Commission à s'engager dans un domaine d'étude complètement différent.

174. La troisième partie du rapport à l'étude était consacrée à un exposé des conclusions et des arguments en présence soumis à l'examen de la Commission:

a) Les régimes de responsabilité (*liability*) étudiés avaient des traits communs, mais chacun d'eux était conçu pour s'adapter à un contexte propre. Assurément, il ne ressortait pas de cette étude que la meilleure façon de s'acquitter du devoir d'indemniser était de négocier une forme particulière de convention sur la responsabilité (*liability*). On pouvait également s'en acquitter, s'il y avait lieu, en permettant au demandeur de rechercher le for le plus favorable pour connaître de sa requête ou en négociant un règlement ad hoc;

b) Les États devraient se voir accorder la latitude voulue pour mettre au point des régimes de responsabilité (*liability*) adaptés à leurs besoins particuliers. En conséquence, le modèle de prise en charge des pertes que la Commission serait amenée à retenir devrait avoir un caractère à la fois général et résiduel;

c) Compte tenu de travaux antérieurs de la Commission sur le sujet, le Rapporteur spécial a soumis à

¹⁸² Par exemple, selon la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, qui n'est pas encore en vigueur, et le Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux, différents acteurs partagent ou assument la responsabilité en cas de perte à différentes étapes du mouvement de déchets dangereux. Voir également la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure.

l'examen de celle-ci les éléments ci-après à prendre en considération en vue de l'élaboration d'un modèle dans ce sens:

1. Tout régime qui serait recommandé devrait être sans préjudice des actions en responsabilité civile, telles que définies dans le droit national, et des recours offerts sur le plan intérieur ou en vertu du droit international privé. Aux fins du projet, le modèle de prise en charge des pertes causées par un dommage transfrontière n'aurait à s'appuyer sur aucun régime de responsabilité (*liability*), y compris la responsabilité objective ou la responsabilité pour faute;
2. Le régime devrait être sans préjudice des revendications en droit international et en particulier du droit de la responsabilité des États;
3. La portée du sujet aux fins du régime de prise en charge des pertes devrait être la même que celle adoptée pour le projet d'articles sur la prévention;
4. Il conviendrait d'adopter le même seuil de dommage significatif que celui défini et convenu dans le contexte du projet d'articles sur la prévention. Il ressortait de l'étude des différents régimes de responsabilité (*liability*) et d'indemnisation que tous prévoyaient un seuil à partir duquel le régime s'appliquait;
5. La responsabilité (*liability*) des États était exceptionnelle et n'était acceptée que dans le cas des activités conduites dans l'espace extra atmosphérique;
6. La responsabilité (*liability*) et l'obligation d'indemniser devaient incomber au commettant de l'activité dangereuse au moment où l'accident ou l'incident s'était produit. Il ne s'agissait pas toujours de l'exploitant d'une installation ou d'une activité à risque;
7. La responsabilité (*liability*) du commettant de l'activité dangereuse pourrait être engagée une fois qu'un lien pouvait raisonnablement être établi entre le dommage causé et l'activité en question. Le principe du caractère raisonnable, et non la production de preuves avérées du lien de causalité, devrait suffire en tant que critère pour engager la responsabilité, étant donné la complexité des activités dangereuses, aussi bien sur le plan scientifique que sur le plan technologique, d'autant plus que le dommage visé était un dommage transfrontière;
8. Le principe du caractère raisonnable pouvait toutefois être battu en brèche, par exemple au motif que le dommage résultait de plus d'une source ou qu'il était dû à d'autres causes indépendantes de la volonté de la personne assumant la responsabilité et sans lesquelles le dommage n'aurait pu se produire;
9. Lorsque le dommage était causé par plus d'une activité et qu'il pouvait raisonnablement être rattaché à chacune d'elles sans qu'on puisse les dissocier avec certitude, la responsabilité pouvait être solidaire ou équitablement répartie. Subsidièrement, on pourrait laisser aux États le choix d'en décider selon leur droit interne et leur pratique nationale;
10. Il faudrait compléter le régime de responsabilité limitée par d'autres mécanismes de financement. Les fonds à cet effet pourraient provenir de contributions des bénéficiaires principaux de l'activité ou de la même catégorie d'exploitants, ou de fonds publics expressément affectés à cet effet;
11. L'État, outre qu'il était tenu d'affecter des fonds, devrait concevoir les dispositifs permettant de faire face aux problèmes liés aux dommages transfrontières. Ces dispositifs concerneraient la protection des citoyens contre tout risque éventuel de dommages transfrontières; la prévention de l'extension de la propagation à d'autres États du dommage causé par des activités entreprises sur son territoire; l'adoption de mesures d'urgence et autres mesures en prévision du dommage; et la mise en place des mesures d'intervention nécessaires une fois le dommage survenu;
12. L'État devrait également veiller à prévoir des voies de recours dans son système juridique, compte tenu de l'évolution des normes internationales, en vue d'assurer aux victimes de dommages transfrontières une indemnisation et une réparation équitables et rapides;
13. La définition des dommages ouvrant droit à indemnisation était loin d'être définitivement réglée. Tout dommage causé à des personnes et à des biens était généralement indemnisable. De même, la notion de dommage causé à l'environnement ou aux ressources naturelles relevant de la juridiction d'un État ou dans les zones sous son contrôle était bien acceptée. Toutefois, l'indemnisation dans ce cas était limitée aux dépenses effectivement encourues au titre des mesures de prévention ou d'intervention et des mesures de remise en état prises. Ces mesures devaient être raisonnables ou autorisées par l'État ou prévues par ses lois ou règlements, ou jugées telles par un tribunal. Le coût pouvait être jugé raisonnable s'il était proportionnel aux résultats obtenus ou susceptibles d'être obtenus compte tenu des connaissances scientifiques et des moyens techniques disponibles. Lorsque la restauration effective de l'environnement ou des ressources naturelles endommagés n'était pas possible, les frais engagés pour introduire des éléments équivalents pouvaient être remboursés;
14. Les dommages causés à l'environnement proprement dit qui n'entraînaient, pour les intéressés ou l'État, aucune perte directe d'intérêts patrimoniaux ou de droits de possession ne pouvaient donner lieu à indemnisation au sens du sujet à l'étude. De même, il n'y avait pas à inclure dans la définition du dommage indemnisable le manque à gagner ou la perte d'activités touristiques du fait de dommages causés à l'environnement.

Néanmoins, le soin pourrait être laissé aux juridictions nationales de se prononcer sur les demandes d'indemnisation au cas par cas, en fonction de leur bien-fondé.

175. Le Rapporteur spécial a indiqué que si les recommandations ci-dessus étaient jugées généralement acceptables, elles pourraient servir de point de départ pour rédiger des dispositions plus précises. Il a par ailleurs invité les membres de la Commission à faire part de leurs observations sur la nature de l'instrument qui serait le plus approprié, ainsi que sur la manière dont la Commission pourrait s'acquitter au mieux de son mandat. À première vue, une des solutions, a-t-il suggéré, consisterait à rédiger quelques articles appelés à être adoptés en tant que protocole au projet de convention-cadre sur le régime de la prévention.

2. RÉSUMÉ DU DÉBAT

a) Observations générales

176. Hommage a été rendu au Rapporteur spécial pour le rapport exhaustif qu'il avait présenté. Les observations ont porté principalement sur la viabilité du sujet dans son ensemble, ainsi que sur ses affinités d'ordre conceptuel et structurel avec d'autres matières du droit international comme le droit de la responsabilité des États.

177. Les membres de la Commission ont une fois de plus émis des avis divergents quant à la viabilité du sujet. Pour certains, il n'y avait pas lieu de rouvrir le débat sur ce point. Le Groupe de travail constitué en 2002 en avait longuement débattu, et la Commission avait approuvé ses recommandations. En outre, la Sixième Commission était favorable à l'examen du sujet, considérant qu'il s'inscrivait logiquement dans le prolongement du projet d'articles sur la prévention et du sujet de la responsabilité des États. Il a été noté en outre que dans la mesure où au paragraphe 3 de sa résolution 56/82, l'Assemblée générale avait prié la Commission de reprendre l'examen du volet «responsabilité» (*liability*) et puisque selon le paragraphe 3 de l'article 18 de son statut, la Commission devait donner priorité à toute demande de l'Assemblée générale, une discussion sur la viabilité du projet n'avait pas lieu d'être.

178. D'un autre côté, on a soutenu que le sujet ne se prêtait pas à la codification et au développement progressif, ou alors qu'il ne s'y prêtait pas aisément. Selon ce point de vue, il était improbable qu'une démarche globale aboutisse à des résultats constructifs. À cet égard, mention a été faite des paragraphes 46 et 150 du rapport du Rapporteur spécial, où il était indiqué que l'analyse des instruments mentionnés montrait qu'il ne saurait y avoir un schéma unique de prise en charge des pertes et que les questions juridiques en jeu étaient complexes et qu'elles ne pouvaient être résolues qu'au regard du fond de la cause. Il a été noté par ailleurs qu'à sa quarante-huitième session (1996) et à sa quarante-neuvième session (1997), respectivement, la Commission avait déjà admis que les tendances à réclamer une indemnisation n'étaient pas fondées sur une théorie cohérente de la responsabilité (*liability*)¹⁸³, et estimé que la portée et la teneur du sujet

demeuraient floues¹⁸⁴. De plus, les difficultés suivantes ont été relevées: a) le sujet à l'étude n'en était pas un vraiment puisque les questions qui y étaient envisagées faisaient déjà partie du corpus de règles sur le droit de la responsabilité des États; b) les activités visées étaient difficiles à réguler, car les régimes prévoyaient diverses modalités, au point qu'il serait difficile de traiter du sujet en termes généraux; c) par sa nature, le sujet n'avait rien à voir avec le droit international public; d) le sujet ne relevait pas de la compétence de la Commission, mais plutôt d'organes de négociation ou autres s'occupant d'harmonisation; et e) le sujet ne faisait pas partie du mandat confié à la Commission. Enfin, la doctrine, la jurisprudence et la pratique en la matière étaient divisées.

179. D'un autre côté, certains membres de la Commission ont estimé que le sujet, s'agissant en particulier de la prise en charge des pertes, ne se prêtait pas à la codification et au développement progressif. Selon eux, le sujet était important sur le plan tant de la théorie que de la pratique et il y aurait probablement de plus en plus d'affaires en la matière dans l'avenir. Ils ont noté aussi que les critiques portées contre le sujet devaient être prises en compte par la Commission mais n'empêchaient pas celle-ci d'atteindre un objectif réalisable. La Commission pouvait élaborer des règles générales à caractère supplétif applicables à toutes les situations de dommages transfrontières susceptibles de se produire malgré l'application de mesures de prévention conformes aux meilleures pratiques.

180. À propos du cadre conceptuel, certains membres de la Commission ont déclaré que le sujet comblait un vide, en ce sens qu'il traitait des cas où un dommage significatif était causé par des activités dangereuses nonobstant l'exécution de l'obligation de prévention visant à minimiser les risques. Dans la plupart des cas, ces activités étaient conduites par des exploitants privés, ce qui posait la question de la responsabilité (*liability*) de l'exploitant et de l'État qui autorisait l'activité. Ces activités n'étaient pas illicites et étaient essentielles pour faire avancer le bien-être de la communauté internationale, de sorte qu'un système de prise en charge des pertes permettait d'établir un équilibre entre les différents intérêts en cause.

181. Il a été souligné aussi qu'il existait un lien entre la prévention et la répartition de la prise en charge des pertes découlant d'activités dangereuses, lien qui sous-tendait la question de l'indemnisation. Il s'ensuivait que les travaux de la Commission demeureraient superficiels, sauf à préciser les éléments constitutifs de ce lien, notamment la question de savoir si la responsabilité objective fondait ou non la responsabilité (*liability*) de l'État dans le cas des activités à risque. Il a été noté également qu'il serait intéressant de faire une étude afin de déterminer dans quelle mesure les catastrophes environnementales récentes résultaient d'une violation de l'obligation de prévention.

182. Selon un point de vue, la Commission, dans ses travaux sur le sujet, continuait de se heurter à des problèmes d'ordre structurel et devrait s'attaquer à deux questions de principe majeures. Il s'agissait premièrement de bien circonscrire le sujet et de considérer les cas où il n'y avait pas responsabilité au sens des principes

¹⁸³ *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), annexe 1, par. 32 du commentaire de l'article 5, p. 126.

¹⁸⁴ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), chap. VII, par. 165, p. 60.

généraux du droit international de la responsabilité des États, mais dommage causé à des victimes innocentes; et deuxièmement de traiter des différents coûts sociaux qui, d'après une analyse des divers régimes, variaient d'un secteur à l'autre.

183. S'agissant de la première question, l'avis a été émis que de vagues renvois à des points de principe uniquement, à savoir que les règles de la responsabilité des États ne seraient pas ou ne devraient pas être remises en cause, ne suffiraient peut-être pas à s'attaquer aux vraies questions de l'empiètement des deux sujets l'un sur l'autre. On a considéré que sur le plan opérationnel, le droit de la responsabilité des États s'appliquait dans une large mesure au sujet à l'étude. Il était plus indiqué et plus souple qu'on ne le croyait pour obtenir réparation. Aux termes de l'arrêt rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fond), les États avaient pour responsabilité dans certaines circonstances d'exercer un contrôle sur les sources de dommage situées sur leur territoire¹⁸⁵. Chaque État était tenu de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes dont il savait ou avait des moyens de savoir qu'ils étaient contraires aux droits d'autres États. Cette obligation s'appliquerait de même à l'environnement. En outre, on a noté qu'il était tout à fait exceptionnel de considérer que les obligations nées de la responsabilité des États étaient fondées sur la faute: en matière de responsabilité des États, les tribunaux, en général, appliquaient le principe de la «responsabilité objective», qui était en réalité très proche de la notion de *strict liability* telle qu'entendue dans la *common law*. En revanche, il n'existait pas dans le droit international général de principe régissant l'obligation pour les États de réparer (*State liability*).

184. Quant à la seconde question, celle des coûts sociaux, il a été souligné que la Commission devait prendre en considération l'effet qu'un régime général d'indemnisation aurait sur certaines activités bénéfiques, en les encourageant ou en les décourageant. Un des modèles était le régime sectoriel, qui répondait aux besoins propres à un secteur donné. Il a été suggéré d'étudier les solutions mises en place sur le modèle des régimes applicables dans le cas de la conservation des pêcheries ou des régimes analogues, y compris d'explorer la possibilité de prévoir des dérogations négociées ou placées sous surveillance institutionnelle.

185. Des observations ont été formulées aussi à propos de la terminologie employée dans le rapport et des questions que le Rapporteur spécial y soulevait.

186. À propos de la terminologie, certains membres de la Commission ont noté que le titre du rapport «Régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses» prêtait à confusion. L'avis a été cependant émis que l'emploi des mots «modèles» ou «régime juridique» pourrait bien refléter les propres incertitudes de la Commission quant à la nature du résultat final de ses travaux, ces termes devant être entendus comme des alternatives possibles à un «projet de convention». Certains membres se sont aussi demandé si l'expression «victime innocente» était appropriée, en particulier

s'agissant de dommage à l'environnement. Un autre s'est dit opposé en principe à son emploi.

187. On a fait valoir que l'expression «prise en charge des pertes» ou le mot «pertes» n'étaient pas heureux. On pourrait revenir à des termes plus familiers comme «dommages» et «indemnisation». On a en outre considéré que le régime de «prise en charge de la perte» serait plus exactement un régime de «prise en charge des dommages». Certains membres ont mis en garde contre l'emploi de l'expression «responsabilité civile» (*civil liability*), faisant valoir que dans certains systèmes juridiques établissant une distinction entre le droit civil et le droit administratif, la notion de responsabilité s'était beaucoup développée, non seulement dans le contexte de la «responsabilité civile», mais aussi en ce qui concerne la «responsabilité administrative» compte tenu du principe de l'égalité de répartition entre tous les citoyens de la charge publique.

188. S'agissant de la portée générale du sujet, les recommandations du Groupe de travail constitué en 2002 ont été à nouveau appuyées. Pour certains membres de la Commission, inclure les «espaces publics internationaux» revenait à changer d'orientation, à s'écarter du champ du sujet qui avait été approuvé. Pour d'autres, la question méritait d'être étudiée, certains ayant même suggéré que la question de la protection des espaces publics internationaux soit incluse dans le programme à long terme de la Commission. De même, l'idée de couvrir des pertes correspondant à des dommages aux personnes et aux biens, y compris ceux relevant de la propriété de l'État et du patrimoine national a été accueillie favorablement.

189. Quant au seuil de dommage, l'idée de maintenir le même seuil de «dommage significatif» que celui prévu dans le projet d'articles sur la prévention a recueilli un large appui. Néanmoins, certains membres de la Commission ont déclaré préférer, aux fins de l'indemnisation, un seuil plus bas, par exemple celui de «dommage appréciable».

190. Bien que les questions liées aux dommages causés par des sociétés transnationales sur le territoire d'un pays sur lequel elles opéraient et aux obligations qui en découlaient étaient importantes, certains membres de la Commission se sont déclarés réticents à l'idée qu'elles soient examinées dans le cadre du sujet à l'étude, ou de toute façon par la Commission. De plus, il a été noté que les questions concernant la responsabilité civile comme celles de la juridiction compétente, au regard en particulier d'affaires comme l'affaire *Ok Tedi*¹⁸⁶ et le litige né de la catastrophe de Bhopal en 1984¹⁸⁷, sortaient du cadre général du sujet.

191. L'avis a cependant été émis que le Rapporteur spécial aurait dû analyser plus avant les affaires citées, afin de mettre en évidence tous les aspects des problèmes en jeu. Il a été souligné que le fait d'accorder la priorité aux solutions traditionnelles relevant de la responsabilité

¹⁸⁶ *Dagi, Rex and Others c. BHP Ltd. and Ok Tedi Mining Ltd.*, Cour suprême de Victoria, arrêt du 22 septembre 1995.

¹⁸⁷ Voir l'affaire *Union Carbide Corporation gas plant disaster at Bhopal, India, in December 1984*, avis et ordonnance du 12 mai 1986, US District Court, New York. Avis reproduit dans *ILM*, vol. 25, n° 4, juillet 1986, p. 771.

¹⁸⁵ *Détroit de Corfou* (voir *supra* note 123), p. 22.

civile ne devrait pas servir d'excuse pour ne pas traiter les questions concernant les dommages causés à l'environnement.

192. À propos des régimes analysés dans le rapport, certains membres de la Commission ont fait observer que le Rapporteur spécial aurait dû élargir l'éventail des lois nationales et des instruments régionaux et autres cités et qu'il serait utile d'établir une compilation de tous les instruments et d'en étudier d'autres encore¹⁸⁸. Mention a été faite d'instruments conclus récemment, comme le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières¹⁸⁹.

b) *Observations sur les conclusions et propositions présentées par le Rapporteur spécial*

193. Des membres ont également commenté les propositions précises présentées par le Rapporteur spécial dans son rapport (voir *supra* par. 174). Les membres ont largement appuyé l'idée d'un régime qui aurait un caractère général et résiduel. Il a été dit que quelles que soient les règles de prise en charge de la perte, elles ne devraient pas remplacer les régimes existants, décourager la mise en place de régimes nouveaux, ni tenter de créer de nouveaux régimes globaux, détaillés et ayant une vaste portée visant à couvrir toutes les circonstances concevables.

194. En revanche, il a été jugé raisonnable d'envisager un régime global couvrant tous les aspects de la prise en charge de la perte. À cet égard, l'étude devrait être menée d'une manière exhaustive pour prendre en considération les systèmes de droit interne.

195. Certains membres ont fait des observations de caractère provisoire. Il a été souligné que, compte tenu des divergences quant à la faisabilité du sujet, il était prématuré de présenter des propositions définitives. Par ailleurs, il était difficile de faire des observations avant de savoir si le produit final envisagé serait un modèle de répartition des pertes pour un régime conventionnel, les législations nationales ou simplement un ensemble de recommandations ou de directives. De plus, il existait un hiatus entre la description des régimes existants dans la deuxième partie du rapport du Rapporteur spécial et les conclusions de la troisième partie, faute d'une perspective dans laquelle la Commission devrait envisager la question. On a également fait valoir que certaines des conclusions (voir *supra* par. 174, al. c, points 10 à 14) ne faisaient que confirmer que le sujet ne se prêtait pas à la codification.

196. Certains autres membres ont approuvé l'orientation générale des conclusions, qui avait eu un caractère réaliste et proposaient un inventaire de problèmes et questions à examiner. Il a été noté que plusieurs propositions (en particulier les points 7 à 12 *supra*, par. 174,

al. c) étant très condensées, il fallait en approfondir certains aspects dans le cadre d'un groupe de travail.

1. *L'application du régime devrait être sans préjudice d'autres régimes de responsabilité civile (par. 174, al. c, point 1)*

197. Plusieurs membres ont exprimé leur accord sur cette proposition. Compte tenu des limites financières imposées par les différents régimes, il était raisonnable de ne pas exclure la possibilité d'améliorer la réparation et de maintenir l'application du principe pollueur-payeur en droit interne.

198. Il a été proposé que le recours aux mécanismes internationaux ne soit pas subordonné à l'épuisement préalable des mécanismes internes. De plus, on pouvait envisager de réserver un rôle aux multiples juridictions et mécanismes nationaux, en particulier dans l'État d'origine et l'État où s'est produit le dommage. À cet égard, le principe énoncé dans l'affaire des *Mines de Potasse d'Alsace*¹⁹⁰ a été appuyé. Le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières a aussi été cité comme autorisant la recherche du tribunal le plus favorable.

199. S'agissant de la proposition du Rapporteur spécial selon laquelle un modèle de répartition des pertes ne devrait pas se fonder sur un système particulier de responsabilité (*liability*), comme la responsabilité objective ou la responsabilité pour faute, une préférence s'est exprimée en faveur d'une responsabilité objective. Il a par ailleurs été noté que la proposition ne facilitait nullement l'examen du sujet. De manière générale, la responsabilité était limitée en cas de responsabilité objective. En conséquence, même en laissant de côté la question de la responsabilité objective ou de la responsabilité pour faute, la question du fondement de la responsabilité (*liability*) résiduelle de l'État, se poserait de même que la question de savoir si l'indemnisation devrait alors avoir un caractère intégral ou limité.

2. *L'application du régime devrait être sans préjudice des revendications en droit international (par. 174, al. c, point 2)*

200. La Commission a appuyé cette proposition. Il a été souligné qu'il faudrait particulièrement s'attacher à ne pas compromettre les travaux sur la responsabilité (*responsibility*) des États. Une déclaration en ce sens ne serait pas suffisante à cette fin. On pouvait se demander si la règle des recours internes s'appliquerait ou non au cas où une demande serait formulée dans le cadre de la responsabilité des États, et si le régime de responsabilité civile

¹⁸⁸ Mention a été faite du régime de responsabilité dans le domaine de l'aviation civile établi dans le cadre du système de Varsovie.

¹⁸⁹ Il s'agit d'un Protocole à la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels. Voir également le Protocole de 2003 à la Convention portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, qui établit un fonds d'intervention de «troisième rang».

¹⁹⁰ *Handelskwekerij G. J. Bier BV c. Mines de potasse d'Alsace S. A.* (affaire 21/76), arrêt du 30 novembre 1976, Cour de justice des Communautés européennes, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, 1976-8, Luxembourg, p. 1735. La Cour de justice des Communautés européennes a interprété le membre de phrase «devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit» dans le cadre de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (art. 5, par. 3), comme permettant le choix du for entre l'État où le dommage a été subi et l'État où l'activité dommageable a eu lieu, ce choix du for étant laissé au demandeur que la Convention vise à protéger.

dans l'ordre juridique interne des États parties remplacerait cette règle ou renforcerait sa portée. La question se posait de savoir si les actions en responsabilité civile devant les tribunaux nationaux seraient considérées comme un «autre moyen de règlement disponible» au sens des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ.

3. *La portée du sujet devrait être la même que celle du projet d'articles sur la prévention (par. 174, al. c, point 3)*

201. Cette proposition a été appuyée en raison de la souplesse qu'elle laisserait à la Commission lors de sa décision définitive quant à la forme du produit final. Certains membres ont regretté l'exclusion du champ du sujet des dommages causés à l'environnement dans des zones situées au-delà des limites des juridictions nationales. Il a été également réaffirmé que la Commission ne devait pas traiter, au moins au stade actuel, des espaces publics internationaux en raison de leurs particularités.

202. Il a été dit que dans certains cas, un dommage causé sur le territoire de l'État d'origine ne serait pas moins significatif qu'un dommage causé dans un contexte transfrontière. Dans le cadre d'un régime global, compte tenu du principe de l'égalité de traitement des personnes, un tel dommage ne saurait être ignoré. On a cité en exemple l'article XI de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires, de 1997, qui vise à réparer le dommage nucléaire subi dans l'État où se trouve l'installation et hors de cet État.

4. *Adoption du même seuil de dommage significatif que dans le projet d'articles sur la prévention d'un dommage transfrontière (par. 174, al. c, point 4)*

203. L'idée de maintenir le même seuil de dommage significatif que dans le projet d'articles sur la prévention a recueilli un large appui. Néanmoins, certains membres ont déclaré préférer, aux fins de l'indemnisation, un seuil plus bas par exemple celui de «dommage appréciable». Il a été proposé que, dans le contexte de la prise en charge, on préfère l'expression «dommage significatif». L'intérêt de s'entendre sur le sens de cette expression qui serait compréhensible dans tous les systèmes juridiques a été souligné.

5. *La responsabilité (liability) de l'État est une exception en tant que fondement d'un modèle de réparation (par. 174, al. c, point 5)*

204. Cette proposition a été appuyée. Il a toutefois été noté que dans certains systèmes de responsabilité et d'indemnisation, l'État avait un rôle prédominant, soit directement lorsqu'il supportait la perte non couverte par l'exploitant, soit indirectement par le biais d'arrangements visant à répartir la perte. On a fait également observer que l'idée d'une responsabilité (*liability*) résiduelle de l'État avait reçu un certain appui de la Sixième Commission et était reflétée dans plusieurs instruments, dont la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement et la Convention sur la responsabilité civile dans le

domaine de l'énergie nucléaire (telle que modifiée par ses Protocoles de 1964 et 1982) ainsi que dans la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux¹⁹¹. Il a été dit en outre qu'il serait intéressant d'analyser si et dans quelle mesure les approches adoptées dans le cadre du régime de responsabilité dans l'espace pouvaient influencer d'autres modèles de responsabilité (*liability*) ou, inversement, dans quelle mesure ce régime pourrait être modifié à l'avenir suivant d'autres modèles compte tenu de la participation d'acteurs autres que l'État dans des activités spatiales.

6. *Responsabilité (liability) de la personne ayant la direction et le contrôle (par. 174, al. c, point 6)*

205. Il a été noté que le mot «exploitant» n'était pas juridiquement défini. Dans la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, il désignait la personne qui détient le contrôle de l'activité (art. 2.5) et, dans la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux, le terme s'appliquait à toute personne qui exploite une activité, y compris le titulaire d'un permis ou d'une autorisation pour cette activité et/ou la personne qui procède à l'enregistrement ou à la notification d'une telle activité¹⁹². Il a été proposé que le mot «exploitant» serve à désigner la personne qui détient la direction et le contrôle. Il a été proposé en outre que l'exploitant de l'activité soit au premier chef responsable puisqu'il met en œuvre l'activité et en est pratiquement responsable du début à la fin. Il a été souligné que la référence à la personne détenant la «direction et le contrôle» pouvait donner lieu à différentes interprétations.

206. Par ailleurs, on a fait observer que cette proposition devait être envisagée du point de vue de la nécessité d'assurer les biens en cas de perte. C'était pour cette raison essentiellement que les propriétaires de navires et non les affrèteurs étaient tenus responsables dans les conventions pertinentes des dommages causés par les navires. Quiconque était propriétaire de biens, tels que des navires, pouvait les assurer contre les risques et pouvait facilement transférer les coûts correspondants à d'autres parties le cas échéant.

7. *Critère du caractère raisonnable comme base d'établissement d'un lien causal (par. 174, al. c, point 7)*

207. Le critère du caractère raisonnable a été appuyé, vu la difficulté d'établir un lien causal dans le cas d'activités comportant un élément de risque. Certains membres ont toutefois émis des doutes quant à la réalité de la distinction entre «causalité» et «caractère raisonnable», la notion de «causalité» étant elle-même un critère à appliquer pour établir le caractère raisonnable. D'autres membres ont exprimé leur préférence pour la notion de

¹⁹¹ *Journal officiel des Communautés européennes*, n° C 151 E, vol. 45, 25 juin 2002, p. 132.

¹⁹² *Ibid.*, p. 135.

«cause immédiate». Il a été également souligné que le critère du caractère raisonnable ne dispensait pas de l'obligation d'examiner et de déterminer la norme de preuve exigée pour l'établissement du lien causal.

8. *Exceptions au principe de responsabilité limitée (par. 174, al. c point 8)*

208. Il a été dit que le cas où le dommage est causé par plus d'une source pouvait constituer une exception au principe de responsabilité (*liability*) limitée. Par ailleurs, il fallait aussi prévoir des clauses de sauvegarde pour les dommages résultant d'un conflit armé, de la force majeure ou de la faute d'une partie lésée ou d'un tiers.

9. *Responsabilité solidaire (par. 174, al. c, point 9)*

209. Plusieurs membres ont admis la nécessité d'une responsabilité solidaire lorsque le dommage est causé par plus d'une activité. On s'est toutefois demandé si cette «répartition équitable» constituait une bonne base de responsabilité dans les cas où il était difficile d'imputer le dommage à une activité particulière et si elle pouvait être déterminée objectivement dans la pratique. Les États devraient plutôt être autorisés à négocier conformément à leur droit interne et leur pratique nationale. En revanche, il a été proposé que l'on pose de manière générale le principe d'une répartition équitable en laissant aux États ou aux parties concernées le soin de s'entendre sur les modalités d'application. Il a été également proposé de supprimer la référence au droit interne et à la pratique nationale afin de laisser aux États d'autres possibilités comme la négociation, l'arbitrage ou d'autres moyens de règlement.

10. *Nécessité de compléter la responsabilité limitée par d'autres mécanismes de financement (par. 174, al. c, point 10)*

210. Plusieurs membres ont souligné la nécessité de fixer non seulement des seuils mais aussi des plafonds pour les mécanismes d'assurance et de financement complémentaire.

211. Il a été dit que la perte devrait être répartie entre les différents acteurs, dont l'exploitant ainsi que ceux qui ont autorisé ou géré l'activité ou en ont tiré profit. Un État se comportant en exploitant devrait aussi être responsable en cette qualité. Dans le cas exceptionnel où l'exploitant ne pouvait pas être identifié, n'était pas en mesure de payer l'intégralité de la somme ou était insolvable, il a été proposé que l'État d'origine supporte une responsabilité résiduelle (*liability*). En conséquence, l'État concerné devrait rendre l'assurance obligatoire ou avoir le droit d'être avisé du risque et d'exiger que cette activité soit assurée. Il a été également proposé qu'un État ne soit tenu responsable que s'il assumait le contrôle de l'activité. Il a été dit par ailleurs qu'il fallait mettre en cause les États indépendamment de leur participation à une activité, l'article IV de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires établissant à cet égard un précédent utile.

212. Le montant pour lequel l'exploitant serait tenu à réparation risquant d'être insuffisant, il a été dit que la responsabilité (*liability*), limitée ou non, devrait toujours

être complétée par d'autres mécanismes de financement. L'article 11 du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières a été cité en exemple.

213. Toutefois, l'idée a été émise que l'hypothèse selon laquelle la responsabilité limitée était impropre à assurer une indemnisation dans tous les cas n'était pas toujours correcte. Beaucoup dépendait du type d'activité et des économies visées.

214. La recommandation selon laquelle l'État devait assumer la responsabilité d'élaborer des schémas adaptés a été appuyée, car elle était conforme au principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)¹⁹³ ainsi qu'au principe 13 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (Déclaration de Rio)¹⁹⁴, lequel avait été confirmé dans le Plan de mise en œuvre du Sommet mondial pour le développement durable¹⁹⁵.

215. Il a été dit que le rôle de l'État à cet égard était étayé par son obligation de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de sa juridiction ou sous son contrôle ne causent pas de dommages transfrontières à l'environnement. Le principe de prévention a été mis en évidence lors de l'arbitrage rendu dans l'affaire de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*¹⁹⁶, réaffirmé dans le Principe 2 de la Déclaration de Rio et confirmé dans l'avis consultatif rendu à propos de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*¹⁹⁷. Il a également été souligné qu'un tel principe était lui-même ancré dans le principe de solidarité collective. Il a été dit par ailleurs que l'obligation des États de prendre des mesures préventives pouvait aussi contribuer au respect du projet d'articles relatif à la prévention.

11. *Autres obligations des États, y compris l'ouverture de voies de recours (par. 174, al. c, points 11 et 12)*

216. Il a été dit que les mécanismes de règlement des différends comme l'arbitrage, y compris les questions relatives à la loi applicable, ne devaient pas être exclus du champ général du sujet. On a cité à cet égard l'article 14 du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières qui prévoit qu'en cas de différends entre demandeurs de dommages-intérêts en application du Protocole et personnes responsables en vertu du Protocole, il peut être

¹⁹³ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.73.II.A.14 et rectificatif), 1^{re} partie, chap. 1^{er}.

¹⁹⁴ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatif), vol. I: *Résolutions adoptées par la Conférence*, résolution 1, annexe I.

¹⁹⁵ *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable, Johannesburg (Afrique du Sud), 26 août-4 septembre 2002* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.03.II.A.1), résolution 2 (Déclaration de Johannesburg sur le développement durable), annexe.

¹⁹⁶ Arrêt du 16 avril 1938 (voir *supra* note 151) et arrêt du 11 mars 1941 (*ibid.*); voir aussi *American Journal of International Law*, vol. 33, 1939, et vol. 35, 1941, p. 182 et 684 respectivement.

¹⁹⁷ *Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, par. 29, p. 226.

recouru à un arbitrage conformément au Règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement¹⁹⁸.

217. Il a été proposé que le Rapporteur spécial, pour développer les recommandations, tienne compte des articles 21 (Nature et ampleur de l'indemnisation ou autre réparation) et 22 (Facteurs à prendre en considération dans les négociations) adoptés par le Groupe de travail créé en 1996¹⁹⁹.

218. La proposition selon laquelle l'État devrait prévoir des voies de recours dans son ordre juridique a également été appuyée et il a été souligné qu'un tel droit de recours devait être garanti.

12. *Dommmages causés à l'environnement, environnement proprement dit et perte de profits ou d'activités touristiques (par. 174, al. c, points 13 et 14)*

219. La proposition selon laquelle les dommages à l'environnement proprement dit ne devaient pas donner lieu à indemnisation aux fins du sujet a reçu un certain appui. À cet égard, on a noté qu'il fallait distinguer entre les dommages à l'environnement susceptibles d'être quantifiés et les dommages à l'environnement qu'il n'était pas possible de quantifier en termes monétaires. Il a été souligné que dans certains régimes de responsabilité, comme ceux prévus par la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement²⁰⁰ et la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale, les dommages causés à l'environnement²⁰¹ ou aux ressources naturelles seraient directement indemnisables. Les travaux de la Commission d'indemnisation des Nations Unies ont également été jugés utiles dans ce domaine²⁰². Une question distincte était celle de savoir si, compte tenu de l'interdépendance mondiale, il fallait envisager d'inclure les dommages causés à l'environnement dans des zones ne relevant de la juridiction d'aucun État.

220. S'agissant de la perte d'activités touristiques proprement dite ou du manque à gagner, il a été noté que s'il n'y avait peut-être pas toujours un lien causal très clair avec un intérêt patrimonial ou possessoire, dans certains cas, le dommage serait catastrophique pour les économies

¹⁹⁸ Le Règlement peut être consulté à l'adresse suivante: www.pca-cpa.org.

¹⁹⁹ Voir *supra* note 167.

²⁰⁰ La réparation au titre de l'altération de l'environnement, dans ce cas, autre que pour le manque à gagner dû à cette altération, est limitée au coût des mesures de remise en état effectivement prises ou qui le seront.

²⁰¹ Voir *supra* note 191. Aux termes de la proposition de directive, les dommages environnementaux sont définis par référence à la biodiversité protégée au niveau national et à celui de la Communauté, au milieu aquatique couvert par la directive-cadre sur les ressources en eau et aux dangers pour la santé humaine dus à la contamination des sols (on peut consulter la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 octobre 2000, établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau dans le *Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 327, 22 décembre 2000, p. 1).

²⁰² Voir les résolutions 687 (1991) et 692 (1991) du Conseil de sécurité, en date des 3 avril et 20 mai 1991. Voir également le rapport du Secrétaire général du 2 mai 1991 (S/22559).

des États. Certains membres ont mentionné l'article 2 (al. d iii) du Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières qui définit les «dommmages», entre autres, comme la perte de revenus découlant directement d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé fondé sur toute exploitation des eaux transfrontières à des fins économiques, subie du fait d'une atteinte aux eaux transfrontières, compte tenu des frais évités et des coûts.

221. Il a été noté que le rapport ne proposait aucune justification solide à la conclusion selon laquelle il était peu probable que la perte de profit ou d'activités touristiques du fait de dommages causés à l'environnement soit indemnisée et que ces pertes devaient donc être exclues du sujet. On s'est également demandé si de telles pertes étaient directement liées aux dommages à l'environnement proprement dit.

13. *Forme de l'instrument*

222. La proposition du Rapporteur spécial, tendant à ce que les travaux de la Commission sur le sujet prennent la forme d'un projet de protocole, a été appuyée. Certains membres préféreraient une convention, assortie de clauses de règlement des différends entre États. Plusieurs autres membres ont fait valoir que les aspects liés à la responsabilité (*liability*) devaient être traités sur un pied d'égalité avec le projet d'articles relatif à la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses. Ainsi, on préférerait une convention, et non un protocole, comportant une partie traitant de la prévention et une autre énonçant des principes généraux de responsabilité et de réparation.

223. Certains membres se sont déclarés favorables à des recommandations, des directives ou des règles générales relatives à la responsabilité (*liability*). En outre, une déclaration de principes, axée sur l'obligation des États de protéger les victimes innocentes a été également considérée comme un résultat éventuel. La possibilité d'élaborer des clauses types, comportant le cas échéant plusieurs options, a également été suggérée.

224. D'autres membres ont fait observer qu'il serait prématuré de décider de la nature de l'instrument. Une telle décision devait ressortir progressivement des travaux de la Commission, étant observé qu'un instrument non contraignant pourrait paraître en définitive souhaitable.

3. CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

225. En réponse à plusieurs des commentaires et observations, le Rapporteur spécial a rappelé les efforts précédemment déployés par la Commission pour traiter les questions conceptuelles, en particulier la délimitation du sujet afin de le distinguer d'autres sujets relatifs à la responsabilité (*responsibility*) des États et au droit relatif à l'utilisation des cours d'eau à des fins autres que la navigation, les incidences que le droit international de l'environnement avait sur les débats et la manière dont, en définitive, une approche pragmatique pas à pas avait été jugée la plus réaliste. La question des espaces publics internationaux avait été également envisagée et écartée

afin de faciliter l'examen du sujet²⁰³, cette question pouvant être réexaminée une fois que la Commission aurait finalisé le modèle de répartition des pertes.

226. Le Rapporteur spécial a rappelé les débats qui avaient eu lieu en 2002 au sein du Groupe de travail et les instructions qui lui avaient été données d'élaborer un modèle de répartition des pertes sans le relier à aucune notion juridique particulière et de procéder à l'élaboration de ce modèle après un examen des différents régimes existants. C'est pourquoi le rapport était axé sur les résultats et n'insistait pas sur le processus de négociation ni sur l'attitude des États à l'égard des régimes concernés soit durant le processus de négociation soit après sa conclusion.

227. La terminologie employée dans le rapport²⁰⁴ résultait d'un effort de conceptualisation du sujet dans des limites raisonnables en évitant toute correspondance avec d'autres sujets. L'expression «responsabilité (*liability*) internationale» s'opposait à celle de «responsabilité (*responsibility*) des États», la formule «prise en charge de la perte» visait à éviter les connotations juridiques du terme «réparation» par rapport à la responsabilité des États ou du mot «indemnisation» dans le cadre de la responsabilité civile.

228. S'agissant de la responsabilité (*liability*) de l'exploitant, le Rapporteur spécial a noté que le fondement juridique sur lequel elle devrait reposer n'était pas évident. Même si la responsabilité objective était reconnue dans les systèmes juridiques nationaux, on ne pouvait affirmer qu'elle était bien acceptée ou comprise en tant que principe souhaitable dans le cadre de dommages transfrontières, et il convenait d'aborder cette notion avec prudence. En outre, il était difficile d'instituer un régime juridique complet, conciliant différents éléments d'un

régime de responsabilité civile. Un tel exercice prendrait beaucoup de temps et mettrait en jeu de nombreuses juridictions et régimes juridiques différents.

229. Le Rapporteur spécial a reconnu que des questions pertinentes avaient été soulevées quant aux relations entre les actions relatives à la responsabilité civile de l'exploitant et d'éventuelles actions à l'encontre de l'État. Toutefois, de telles questions ne seraient pertinentes que si le but de l'exercice était d'imputer à l'État une partie de la perte par suite de sa responsabilité (*liability*) pour le dommage causé, et non pas si l'imputation de la perte à l'État résultait d'une obligation de celui-ci d'affecter des fonds au niveau national, à titre d'obligation sociale de prise en charge d'une partie de la perte subie par la victime innocente qui n'était pas couverte dans le cadre de la responsabilité (*liability*) de l'exploitant.

230. Une approche à plusieurs degrés pour l'indemnisation était un schéma bien établi dans les différents régimes et elle avait été jugée appropriée par le Groupe de travail constitué en 2002²⁰⁵. Selon le Rapporteur spécial, on n'insisterait jamais assez, dans tout régime de répartition des pertes, sur la justification sociale et l'équité de la charge subsidiaire devant être assumée par l'État, en particulier lorsque la responsabilité de l'exploitant était limitée ou lorsque celui-ci ne pouvait être retrouvé ou identifié. La Commission avait pour mandat de traiter des dommages transfrontières, mais tout modèle qui serait proposé pourrait servir à accorder une réparation similaire à des victimes innocentes, même sur le territoire de l'État d'origine. Il faudrait réfléchir aux modalités d'un tel exercice.

231. Le Rapporteur spécial a noté qu'il était nécessaire d'approfondir les travaux et la réflexion sur les différentes questions soulevées, et, si possible, de proposer, dans le prochain rapport, des formulations concrètes.

²⁰³ Voir, par exemple, *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), par. 443 à 448, p. 94 et 95.

²⁰⁴ *Ibid.*, par. 442 à 457, p. 94 à 96.

²⁰⁵ *Ibid.*, par. 449 à 456.