

Document:-  
**A/CN.4/402 and Corr.1, Corr.2 (S only) to 4**

**Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences  
préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit  
international, par M. Julio Barboza, Rapporteur spécial**

sujet:  
**Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'  
activités qui ne sont pas interdites par le droit international**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**1986, vol. II(1)**

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International  
(<http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm>)*

**RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES  
PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES  
PAR LE DROIT INTERNATIONAL**

[Point 7 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/402\*

**Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables  
déroulant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international,  
par M. Julio Barboza, rapporteur spécial**

[Original : espagnol]  
[13 mai 1986]

TABLE DES MATIÈRES

<i>Chapitres</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Pages</i>
I. INTRODUCTION .....	1-11	149
A. Emploi de certains termes.....	2-5	149
B. L'unité du sujet .....	6-10	151
C. La portée du sujet .....	11	152
II. L'ÉBAUCHE DE PLAN.....	12-28	152
III. ANALYSE CRITIQUE DE L'ÉBAUCHE DE PLAN .....	29-69	155
A. Les activités .....	29-33	155
B. Les obligations .....	34-41	157
C. Le préjudice causé en l'absence de régime conventionnel.....	42-69	159

CHAPITRE PREMIER

Introduction

1. L'essentiel du présent rapport s'articule sur l'ébauche de plan, que le précédent Rapporteur spécial, Robert Q. Quentin-Baxter, a présentée dans son troisième rapport et révisée dans son quatrième rapport<sup>1</sup>. Il convient, toutefois, d'examiner au préalable deux questions importantes : celle qui procède de la distinction établie dans la terminologie juridique anglo-saxonne entre *responsibility* et *liability*, et celle de l'unité du sujet.

**A. — Emploi de certains termes**

2. La première question va bien au-delà d'un simple problème de terminologie dans l'une des langues officielles de l'ONU, comme on le verra par la suite. Dans

son rapport préliminaire<sup>2</sup>, le précédent Rapporteur spécial a expliqué que le choix du terme *liability* dans le titre anglais du présent sujet résultait d'un échange de vues qui s'était déroulé à la vingt-cinquième session de la Commission du droit international et au cours duquel on avait précisé que le terme *responsibility* renvoyait dans la langue de la « common law » aux conséquences

<sup>2</sup> Le rapport préliminaire a été présenté à la Commission à sa trente-deuxième session : *Annuaire... 1980*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 243, doc. A/CN.4/334 et Add.1 et 2.

Les autres rapports présentés par le précédent Rapporteur spécial à la Commission, de ses trente-troisième à trente-sixième sessions, sont :  
Deuxième rapport : *Annuaire... 1981*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 107, doc. A/CN.4/346 et Add.1 et 2;

Troisième rapport : *Annuaire... 1982*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 61, doc. A/CN.4/360;

Quatrième rapport : *Annuaire... 1983*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 209, doc. A/CN.4/373;

Cinquième rapport : *Annuaire... 1984*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 161, doc. A/CN.4/383 et Add.1.

\* Incorporant les documents A/CN.4/402/Corr.1 et 4.

<sup>1</sup> Voir *infra* note 21.

de faits illicites, alors que le terme *liability* renvoyait aussi à l'obligation même imposée par la règle primaire<sup>3</sup>. La langue française ne disposant que du terme « responsabilité », celui-ci serait utilisé pour exprimer les deux notions. Il faut ajouter que l'espagnol — également langue officielle de l'ONU — ne permet pas non plus d'établir la distinction faite par la langue anglaise, le seul terme utilisable étant *responsabilidad*. Néanmoins, dans son cinquième rapport, le précédent Rapporteur spécial était, semble-t-il, parvenu à des conclusions différentes au sujet de l'emploi des deux termes. Se fondant sur leur utilisation dans certains traités, en particulier ceux relatifs à l'espace ou au milieu marin, il en déduisait qu'« il ressort clairement des textes que le terme *responsibility* a, dans ces traités, un sens tout différent. Il se rapporte au contenu d'une obligation primaire, non à sa violation<sup>4</sup> ».

3. De même, le terme *liability* n'était pas présenté tout à fait sous le même jour que dans le rapport préliminaire. Après examen du paragraphe 1 de l'article 235 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982<sup>5</sup>, le précédent Rapporteur spécial notait qu'« il est donc tout à fait clair qu'il peut y avoir *liability*, qu'il y ait ou non eu violation d'une obligation internationale<sup>6</sup> », et il indiquait plus loin que « l'expression *responsibility and liability* (responsabilité), telle qu'elle est employée dans le texte anglais de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, correspond donc étroitement aux deux aspects de la prévention et de la réparation, qui sont à la base même du sujet à l'étude<sup>7</sup> ». Pour étayer cette conclusion, il renvoyait à plusieurs autres textes juridiques<sup>8</sup>.

4. Ces observations fort appropriées trouvent confirmation chez un autre spécialiste de la « common law », L. F. E. Goldie. Analysant les différences de connotation entre les termes anglais *responsibility* et *liability* et se fondant sur l'examen de l'article 139, par. 1 et 2, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, et sur des articles VI et XII de la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux<sup>9</sup>, cet auteur fait observer que les deux termes

[...] sont employés avec des connotations différentes. Dans les deux instruments, le mot *responsibility* est utilisé pour exprimer une obligation ou pour désigner les normes que le système juridique impose en matière de comportement social, tandis que le mot *liability* se rapporte aux conséquences de la non-exécution de l'obligation ou du non-respect des normes requises. Autrement dit, *liability* suppose l'idée d'un recours légal, une fois la *responsibility* établie et le préjudice né de la non-exécution de l'obligation juridique. Bien que les publicistes et les magistrats se servent parfois de *responsibility* et de *liability* de façon quasi interchangeable ou synonyme, ces deux termes seront employés ici dans leurs acceptions distinctes qui viennent d'être indiquées<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> Doc. A/CN.4/334 et Add.1 et 2 (v. *supra* n. 2), par. 10.

<sup>4</sup> Doc. A/CN.4/383 et Add.1 (v. *supra* n. 2), par. 39.

<sup>5</sup> Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, vol. XVII (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122.

<sup>6</sup> Doc. A/CN.4/383 et Add.1 (v. *supra* n. 2), par. 39.

<sup>7</sup> *Ibid.*, par. 40.

<sup>8</sup> *Ibid.*, notes 100 et 101.

<sup>9</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 187.

<sup>10</sup> L. F. E. Goldie, « Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk », *Nether-*

A propos de la responsabilité pour risque en droit interne, et prenant comme exemples la « responsabilité de l'entreprise » (*entreprise liability*) et la « responsabilité du fait des produits » (*products liability*), Goldie déclare :

[...] Tous les différents types de cas qui ont été examinés reposent sur le principe que l'auteur d'un acte est juridiquement tributaire de devoirs à l'égard de la société. Cela implique qu'il est tenu d'appliquer les procédés et les méthodes les plus sûrs, et, au besoin, de lancer les avertissements qui s'imposent. A défaut, l'ampleur est appelé à indemniser les victimes des dommages résultant des manquements à ses devoirs, et même si ces derniers ont été scrupuleusement observés, à indemniser ceux qui ont néanmoins subi des dommages. [...]. Dans ce sens, le terme *responsibility* correspond, au regard du droit, à ce dont l'auteur d'un acte est redevable à l'égard de la société dont il fait partie<sup>11</sup>.

5. Comme l'indique la phrase extraite du cinquième rapport citée plus haut (par. 3), la distinction entre les termes anglais *responsibility* et *liability* correspond donc « étroitement aux deux aspects de la prévention et de la réparation ». En résumé, le droit considère que certaines personnes sont tenues à certaines obligations déterminées avant même que ne se produise l'événement qui entraîne les conséquences préjudiciables. En ce sens, la responsabilité renvoie à l'ensemble des obligations que le droit met à la charge des personnes en raison du rôle qu'elles remplissent; dans le cas du présent sujet, il s'agit de l'Etat et de ses obligations de contrôle qui procèdent du caractère exclusif de la juridiction qu'il exerce sur son territoire. En l'absence d'un régime conventionnel conférant une responsabilité directe à des individus dans certains cas, l'Etat serait donc non seulement responsable de la survenance de conséquences préjudiciables de certaines activités menées sur son territoire ou sous son contrôle, mais il serait aussi tenu à des obligations de prévention, c'est-à-dire tout ce qui doit être fait pour éviter ou limiter l'apparition de telles conséquences. Le mot espagnol *responsabilidad*, et certainement aussi le mot français « responsabilité », qui à lui seul exprime les deux idées rendues par deux termes anglais, engloberait sans difficulté les obligations de prévention et de réparation, et ferait apparaître sous un nouveau jour une objection qui a été élevée contre l'inclusion des

*lands Yearbook of International Law*, 1985, La Haye, vol. 16, p. 180. Dans ce même article, Goldie cite plus loin un extrait de l'une de ses études antérieures, où il affirme ces mêmes principes :

« La notion de *responsibility* implique donc que l'on supporte les conséquences de sa conduite telles qu'elles résultent des devoirs de l'homme vivant en société. En second lieu, elle permet de situer le rôle du défendeur qui est la « partie à laquelle est imputable » le dommage subi. Dans cette seconde acception, elle définit la responsabilité éventuelle de l'auteur. En revanche, la notion de *liability* en est, en quelque sorte, la contrepartie et implique que l'on est tenu d'assumer les conséquences du non-respect des obligations qui découlent de la *responsibility*, en d'autres termes, de réparer le préjudice. La responsabilité est donc la conséquence juridique (considérée aussi bien sous l'angle de l'imputation que sous celui de la répartition) du manquement à un devoir. » (« Devoir et responsabilité selon la « common law », *Aspects juridiques de la pollution transfrontière*, Paris, OCDE, 1977, p. 368.)

Et il termine sur une idée importante pour le sujet à l'étude :

« Ces considérations pragmatiques montrent qu'il est important de faire la distinction dans les cas appropriés entre *responsibility*, qui est un facteur constant, et *liability*, qui est sujet à des considérations nombreuses et variables dans le processus de décision. » (*Ibid.*)

<sup>11</sup> « Concepts of strict and absolute liability... », *loc. cit.* (*supra* n. 10), p. 181.

obligations de prévention dans le cadre du sujet à l'étude, au motif qu'en droit la responsabilité se bornait strictement aux conséquences de la violation d'une obligation. Selon ce point de vue, la prévention n'avait rien à voir avec la responsabilité<sup>12</sup>.

## B. — L'unité du sujet

6. En élargissant ainsi la signification du terme « responsabilité », on fait place aux obligations de prévention dans le titre et dans le sujet lui-même conformément à la tendance manifestée à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale<sup>13</sup>, selon laquelle il fallait éviter d'une manière ou d'une autre de laisser de côté tout ce qui avait trait à la prévention. Le titre englobe donc les deux aspects, mais il reste à déterminer le lien profond qui permet d'opérer la symbiose entre la prévention et la réparation, qui peuvent apparaître à première vue comme des éléments hétérogènes. Pour le précédent Rapporteur spécial, la base du continuum prévention-réparation était la prévention, car tout ce qui la concerne était bien mieux ancré dans la pratique des Etats et se situait sur un terrain beaucoup plus solide que ce qui avait trait à la réparation. Il dit en effet dans son quatrième rapport :

Mais qu'est-ce que la « prévention » et qu'est-ce que la « réparation » ? La réparation a toujours pour but de rétablir dans toute la mesure possible une situation préexistante, ce qui, dans le cadre du sujet à l'examen, peut souvent revenir à prendre des mesures préventives *a posteriori*. [...] <sup>14</sup>.

Le lien entre la prévention et la réparation résiderait dans les modalités pratiques puisque prévenir et réparer sont la même réalité envisagée sous des angles différents ou, si l'on veut, à des moments différents. Comme le précédent Rapporteur spécial l'indique dans son deuxième rapport<sup>15</sup>, le « devoir de diligence » (*duty of care*) s'étend à la réparation de tout préjudice pouvant être raisonnablement attribué à l'accomplissement licite d'une activité licite. Toutefois, les régimes établis par voie de traité fournissent amplement la preuve que l'indemnisation est une forme de prévention moins adéquate et elle ne doit pas devenir le prix à payer pour pouvoir causer un préjudice évitable<sup>16</sup>.

7. Enfin, il n'y aurait de différence conceptuelle entre les règles de prévention et les règles de réparation que lorsque ces dernières découlent de l'illicéité d'un acte, c'est-à-dire lorsqu'elles procèdent de règles secondaires. Le précédent Rapporteur spécial déclare, dans son quatrième rapport, que, d'un point de vue formel, la matière du sujet à l'examen « doit être considérée comme une obligation « primaire » complexe qui couvre tout le champ de la prévention, de la limitation et de la réparation du préjudice matériel transfrontière »<sup>17</sup>. Il

convient de rappeler à nouveau que dès lors que la prévention et la réparation relèvent du domaine des règles primaires, il s'ensuit que, si le préjudice se produit et que naît donc l'obligation de réparer, la réparation est imposée par la norme primaire comme condition de la licéité de l'activité en question; ce n'est que si l'Etat d'origine n'opère pas la réparation imposée par la règle primaire que l'on entre dans le domaine des règles secondaires et qu'intervient alors la responsabilité pour fait illicite venant de ce que l'Etat a violé l'obligation primaire. L'ensemble du présent sujet se situerait donc dans le champ des règles primaires.

8. Il s'agit là, comme on l'a dit plus haut (par. 6), d'un critère formel d'unité. Mais quelle serait l'unité du sujet quant au fond ? Pour construire une théorie à ce propos, c'est sans doute le préjudice qui fournira le critère unificateur de la prévention et de la réparation. A bien y regarder, c'est autour de lui que tout tourne : dans le cas de la réparation, il s'agit du préjudice déjà survenu, et dans celui de la prévention, du préjudice potentiel, qui n'est en fait rien d'autre que le risque. La réparation se justifie par le préjudice causé, qui apparaît comme la condition suspensive dont la réalisation fait, à son tour, naître l'obligation. Quant aux obligations de prévention, elles naissent du risque, c'est-à-dire de la possibilité d'un préjudice, de sa prévisibilité générique. Si l'activité ne présentait aucun risque, si l'éventualité d'un préjudice n'était pas envisageable, les obligations de prévention n'auraient pas lieu d'être.

9. Ce rôle central du préjudice — effectif ou potentiel — permet de faire une distinction nette entre le présent sujet et celui de la responsabilité des Etats pour faits illicites, et situe clairement le premier dans le champ général de la responsabilité internationale, selon la conception suivie jusqu'à présent par la Commission. En effet, dans la première partie du sujet de la responsabilité des Etats, le dommage n'est pas une condition *sine qua non* de la responsabilité, contrairement à ce qu'exigerait le droit coutumier actuel d'après de nombreux auteurs<sup>18</sup>.

10. En fait, dans son deuxième rapport sur la responsabilité des Etats, le Rapporteur spécial, M. Ago, disait :

Une dernière question doit être mentionnée avant de conclure. On parle parfois, à côté des deux éléments, subjectif et objectif, que l'on a mis en évidence comme constitutifs d'un fait illicite international qui est lui-même source de responsabilité, d'un troisième élément, que l'on désigne généralement par le terme « dommage ». Il semble toutefois que de telles affirmations ne vont pas sans équivoque. Il y a des cas où, en soulignant la nécessité de la présence d'un dommage, ce que l'on a en vue c'est plutôt l'exigence que se soit produit cet événement extérieur qui, comme on l'a rappelé aux paragraphes précédents, doit parfois se joindre au comportement proprement dit de l'Etat pour que ce comportement réalise un manquement à une obligation internationale [...] <sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Voir *Annuaire...* 1982, vol. I, p. 284, 1743<sup>e</sup> séance, par. 40, et p. 289 et 290, 1744<sup>e</sup> séance, par. 26 (observations de M. Thiam).

<sup>13</sup> Voir le troisième rapport du précédent Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/360 (v. *supra* n. 2), par. 9 et note 12; et son quatrième rapport, doc. A/CN.4/373, par. 10 et note 31.

<sup>14</sup> Doc. A/CN.4/373 (v. *supra* n. 2), par. 47.

<sup>15</sup> Doc. A/CN.4/346 et Add.1 et 2 (v. *supra* n. 2), par. 40.

<sup>16</sup> *Ibid.*, par. 91.

<sup>17</sup> Doc. A/CN.4/373 (v. *supra* n. 2), par. 40.

<sup>18</sup> Voir p. ex. E. Jiménez de Aréchaga, « International responsibility », in *Manual of Public International Law*, M. Sørensen, éd. Londres, Macmillan, 1968, p. 534. Selon K. Zemanek, « Parce que les réclamations pour dommages matériels subis par des nationaux à l'étranger furent si fréquemment à l'origine de la jurisprudence internationale, celle-ci, ainsi que la doctrine, furent amenées à considérer le dommage comme un élément constitutif de la responsabilité. » (« La responsabilité des Etats pour faits internationalement illicites ainsi que pour faits internationalement licites », *Responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1987, p. 19.)

<sup>19</sup> *Annuaire...* 1970, vol. II, p. 208, doc. A/CN.4/233, par. 53.

Et il terminait sur ces mots :

[...] Il ne semble donc pas qu'il y ait lieu de tenir compte de cet élément du dommage dans la définition des conditions d'existence d'un fait illicite international<sup>20</sup>.

### C. — La portée du sujet

11. Dans l'ébauche de plan du sujet, présentée par le précédent Rapporteur spécial<sup>21</sup>, l'élément déterminant est l'obligation qui incombe à l'Etat d'origine d'éviter, de limiter ou de réparer toute perte ou préjudice matériel transfrontière « appréciable » ou « sensible » dans les cas où l'on peut prévoir qu'il existe un risque lié à la conduite d'une activité. Cette obligation, qui dépend de facteurs tels que le partage de la responsabilité et la répartition des coûts et des avantages, « va de pair avec la compétence exclusive ou prééminente que le droit international confère à l'Etat d'origine en tant qu'autorité territoriale ou autorité de contrôle », comme l'affirme le précédent Rapporteur spécial dans son quatrième rapport<sup>22</sup>. Cette observation d'ordre général appelle trois précisions importantes :

a) Le champ du sujet sera limité aux activités concrètes qui causent un préjudice matériel transfrontière, car, à l'heure actuelle, la pratique des Etats n'est pas suffi-

<sup>20</sup> *Ibid.*, par. 54.

<sup>21</sup> Pour le texte de l'ébauche de plan, voir le troisième rapport du précédent Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/360 (v. *supra* n. 2), par. 53; et pour les modifications qui lui ont été apportées, voir le quatrième rapport, doc. A/CN.4/373, par. 63 et 64.

<sup>22</sup> Doc. A/CN.4/373 (v. *supra* n. 2), par. 63.

samment développée en ce qui concerne les autres aspects.

b) L'exposé des principes, qui fait l'objet de la section 5 de l'ébauche de plan, pourra être développé et étoffé dans la mesure où il apparaîtra que la pratique des Etats le justifie, et la liste d'éléments, qui figure à la section 6, sera alors adaptée en conséquence. C'est ainsi que l'on procédera « pour déterminer jusqu'à quel point les solutions proposées dans l'ébauche se rapprochent de la norme de la responsabilité objective<sup>23</sup> ».

c) Le champ du sujet pourra peut-être dépendre d'un examen du rôle que peuvent jouer les organisations internationales, non pas dans l'hypothèse où une telle organisation se trouverait dans la même situation qu'un Etat d'origine, mais en ce sens que « les formes que peut prendre l'interaction des Etats en tant que membres d'organisations internationales peuvent avoir des répercussions sensibles sur toutes les procédures indiquées aux sections 2, 3 et 4 de l'ébauche de plan<sup>24</sup> ». De même, les procédures de consultation des organisations internationales et les services techniques que celles-ci fournissent pourraient remplacer le régime envisagé à la section 3 ou jouer un certain rôle en ce qui concerne l'évaluation de la réparation prévue à la section 4<sup>25</sup>.

L'actuel Rapporteur spécial accepte ces indications comme point de départ, sous réserve de ce que pourra faire apparaître ultérieurement l'étude du sujet.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*, par. 64.

<sup>25</sup> *Ibid.*

## CHAPITRE II

### L'ébauche de plan

12. L'actuel Rapporteur spécial a indiqué dans son rapport préliminaire son intention d'axer ses prochains travaux sur ce qu'il considérerait comme la matière première essentielle pour le présent sujet, c'est-à-dire l'ébauche de plan<sup>26</sup>. En effet, on peut considérer que celle-ci a été acceptée dans ses grandes lignes, malgré les quelques critiques et les quelques suggestions d'améliorations qui ont été émises à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. La première chose à faire semble donc être d'examiner ce texte pour tenter d'en conceptualiser la dynamique, d'en réexaminer les fondements théoriques et de le confronter à la pratique des Etats en la matière.

13. La présente analyse visera donc essentiellement à comprendre l'économie de l'ébauche de plan et à déterminer les différentes obligations qui s'en dégagent. A ce stade, on se bornera uniquement à l'étude de l'ébauche de plan elle-même. Les modifications que le précédent Rapporteur spécial y a introduites par les biais des cinq premiers projets d'articles, présentés par la suite dans

son cinquième rapport<sup>27</sup>, seront examinées à part, en même temps que des questions aussi importantes que celle de savoir si les « situations » entrent aussi dans le champ du sujet ou si celui-ci n'englobe que les « activités ». La section 1 de l'ébauche de plan, consacrée au champ d'application, comporte les définitions nécessaires et exprime une réserve. On a déjà commenté plus haut certains aspects du champ d'application. Les activités, qui constituent le cœur même de l'ébauche de plan et la matière même du sujet, appellent toutefois de plus amples commentaires. Il s'agit des « activités menées sur le territoire ou sous le contrôle d'un Etat qui causent ou peuvent causer des pertes ou dommages à des personnes ou à des choses se trouvant sur le territoire ou sous le contrôle d'un autre Etat » (sect. 1.1). Aucune indication n'est donnée au sujet du type de risque visé. Il n'est pas précisé s'il s'agit de l'existence d'une très faible probabilité de dommages catastrophiques, par exemple, ou si seules sont envisagées les activités que Jenks qualifie de *ultra-hazardous*<sup>28</sup> ou encore si le risque est constitué par

<sup>27</sup> Doc. A/CN.4/383 et Add.1 (v. *supra* n. 2), par. 1.

<sup>28</sup> Voir C. W. Jenks, « Liability for ultra-hazardous activities in international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1966-I, Leyde, Sijthoff, 1967, vol. 117, p. 105.*

<sup>26</sup> *Annuaire... 1985*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 100, doc. A/CN.4/394, par. 14 et suiv.

la provocation certaine de dommages mineurs ayant un effet cumulatif, comme dans le cas de la pollution. Il s'agirait, en somme, d'activités ayant des probabilités supérieures à la normale de produire des dommages importants sur le territoire d'un autre Etat ou en des lieux soumis à son contrôle.

14. Avant d'entreprendre une telle activité — ou si celle-ci a déjà été entreprise, dès qu'il prend conscience de ses caractéristiques — l'Etat sur le territoire ou sous le contrôle duquel l'activité doit être menée ou est déjà menée aurait à sa charge une première obligation : celle d'aviser de la situation l'Etat auquel un dommage pourrait éventuellement être causé et de lui fournir « tous les renseignements pertinents et disponibles, y compris l'indication expresse des types et degrés de pertes ou dommages qu'il estime prévisibles, de même que les mesures qu'il propose pour y remédier » (sect. 2, par. 1). La même obligation incomberait à l'Etat affecté s'il était le premier à prendre conscience des mêmes circonstances : il devrait alors en avertir l'Etat d'origine (sect. 2, par. 2).

15. En cas de désaccord entre l'Etat d'origine et l'Etat affecté, celui-ci estimant que les mesures proposées ne sont pas suffisantes pour sauvegarder ses intérêts, une deuxième obligation incomberait à l'Etat d'origine : celle de « coopérer de bonne foi pour parvenir à un accord avec l'Etat victime » au sujet de l'ouverture d'une enquête dès lors que l'Etat affecté en a fait la proposition (sect. 2, par. 5). Ce mécanisme va en fait plus loin qu'une simple enquête sur les faits. C'est un véritable mécanisme de conciliation, puisque les experts chargés de l'enquête pourraient non seulement « mesurer les incidences » des renseignements recueillis, ce qui est parfaitement normal, mais aussi, « dans la mesure du possible, recommander des solutions » (sect. 2, par. 6, a). Leur rapport aurait valeur de conseil et ne serait pas contraignant (sect. 2, par. 6, b).

16. Quelle est la nature de ces deux premières obligations ? En réalité, l'ébauche de plan établit une distinction entre l'obligation d'informer, dont le non-respect par l'Etat d'origine entraînerait, selon le paragraphe 4 de la section 5, certaines conséquences procédurales défavorables (la possibilité pour l'Etat affecté de recourir largement aux moyens de preuve offerts par les faits et les circonstances pour établir si l'activité cause ou peut causer des pertes ou dommages), et les autres prestations correspondant aux deux premières obligations (en vertu de la première obligation, proposer des mesures de prévention, et en vertu de la deuxième, coopérer à la constitution de l'organe d'enquête et de conciliation). Il est précisé, au paragraphe 8 de la section 2 et au paragraphe 4 de la section 3, qu'un manquement aux deux premières obligations prévues dans l'ébauche de plan ne donnerait lieu par lui-même à aucun droit d'action.

17. Mais il y a plus : les deux paragraphes susmentionnés prévoient une obligation qui vaut jusqu'à l'exécution des deux premières obligations et dont le caractère d'obligation n'est pas non plus tout à fait clair dans l'ébauche de plan, car les termes employés sont quelque peu ambigus. En effet, s'il est indiqué que l'Etat auteur « a l'obligation permanente de garder à l'examen l'activité qui cause ou peut causer des pertes ou dommages », il est dit tout de suite après qu'il est aussi tenu « de pren-

dre toutes les mesures nécessaires et possibles pour sauvegarder les intérêts de l'Etat affecté et, autant que possible, de fournir des renseignements à l'Etat affecté au sujet des mesures qu'il prend ». Bien entendu, si un article devait être rédigé, la formule pourrait être modifiée et rendue plus objective. S'il en était ainsi, on se trouverait face à une obligation qui, au cas où surviendrait un dommage, autoriserait la comparaison des mesures préventives réellement prises avec celles qui auraient effectivement empêché le dommage, et on introduirait peut-être ainsi dans le sujet une notion de « diligence due ».

18. Dans certaines conditions — essentiellement en cas d'échec du mécanisme d'enquête et de conciliation, soit parce que le délai raisonnable dans lequel ce mécanisme aurait dû être mis en place ou accomplir son mandat est échu (sect. 3, par. 1, a), soit parce que l'un des Etats concernés n'accepte pas ses conclusions (sect. 3, par. 1, b) — ou, bien entendu, parce que le rapport du mécanisme comporte une recommandation en ce sens (sect. 3, par. 1, c), une troisième obligation naît pour les Etats concernés : celle de négocier « à la demande de l'un quelconque d'entre eux afin de déterminer si un régime est nécessaire et quelle forme il devrait prendre » (*ibid.*, *in fine*). Pour ces négociations, les parties sont incitées à appliquer les principes énoncés à la section 5 et à tenir compte des éléments visés à la section 7, mais elles ne sont pas tenues de le faire, puisque la possibilité d'une convention contraire entre elles est prévue. Là encore, le paragraphe 4 de la section 3 précise qu'un manquement à cette obligation de négocier ne donne lieu par lui-même à aucun droit d'action, et il est imposé à nouveau une obligation de diligence identique à celle que prévoit le paragraphe 8 de la section 2.

19. La section 4 de l'ébauche de plan est extrêmement importante du point de vue théorique, et les membres de la Commission se souviendront des longs débats auxquels a donné lieu en son temps la question de la responsabilité pour risque, ou *strict liability*. En réalité, on est ici au cœur même du sujet, puisqu'il s'agit d'établir les droits des parties lorsqu'une activité du type de celles envisagées dans l'ébauche de plan a produit un dommage et qu'aucun régime n'a été convenu pour déterminer ces droits, soit parce que les parties ne sont pas encore parvenues à un accord, bien qu'elles aient engagé des négociations, soit parce que l'une d'elles a refusé d'engager des négociations. Il faut, là encore, faire le compte des obligations. Les trois premières, qui ont été signalées, sont des obligations « envers » la création d'un régime; celles qui sont examinées maintenant sont des obligations « envers » la réparation du dommage causé. Celle visée au paragraphe 17, en revanche, est purement une obligation de prévention.

20. Le paragraphe 2 de la section 4 établit l'obligation de donner réparation en principe « pour toute perte ou tout dommage ». Cette disposition doit être rapprochée du principe, peut-être le plus important de l'ébauche de plan, énoncé au paragraphe 3 de la section 5 : « Pour autant que les articles précédents le permettent, les pertes ou dommages subis par une victime innocente ne devraient pas être laissés à sa charge. » Ce principe est toutefois subordonné à deux conditions importantes. La première est exprimée au paragraphe 2 de la section 4 : « sauf s'il est établi que l'octroi d'une réparation pour

une perte ou un dommage de ce type ou de cette nature n'est pas conforme aux anticipations communes desdits Etats », et la deuxième, contenue au paragraphe 3 de la section 4, est la négociation elle-même, puisque, outre les anticipations communes des parties, « il est tenu compte du caractère raisonnable du comportement des parties, eu égard aux documents relatifs à tous échanges ou négociations entre elles, et aux mesures prises par l'Etat auteur [appelé désormais « Etat d'origine »] pour sauvegarder les intérêts de l'Etat affecté »; en outre, « il peut être tenu compte aussi de tous éléments pertinents, dont ceux qui sont énoncés à la section 6, et il est possible, dans la conduite à suivre, de s'inspirer de l'un quelconque des aspects indiqués à la section 7 ». Il semble donc que les négociations engagées peuvent aboutir à une réparation dont le montant varierait entre autres selon la nature du dommage, celle de l'activité qui l'a causé ou des mesures de prévention adoptées. Il ne serait peut-être pas inconcevable que les parties conviennent que la réparation ne doit pas avoir lieu en raison d'une exception qui l'exclut par principe. La négociation, en somme, est ouverte et doit tenir compte de nombreux éléments pour régler la question de l'indemnisation.

21. Le texte espagnol du paragraphe 2 de la section 4 dit : *a menos que conste que la reparación ... no responde a las expectativas compartidas de esos Estados*, alors que le texte anglais dit : *unless it is established that the making of reparation ... is not in accordance with the shared expectations of those States*. Il aurait été possible de traduire les mots *unless it is established* par leur équivalent direct en espagnol en disant : *a menos que se establezca*. La formulation *a menos que conste* peut donner lieu à une interprétation beaucoup plus stricte en ce qui concerne la charge de la preuve; dans le texte anglais, cet aspect n'est pas très clair; généralement, il faut rapporter la preuve des faits et non pas de leur inexistence. Quoi qu'il en soit, si l'intention dans l'ébauche de plan est de faire supporter la charge de la preuve par l'Etat d'origine, il ne fait aucun doute que celui-ci peut se prévaloir de présomptions et de tous les moyens de preuve. En revanche, dans le texte espagnol, la charge de la preuve incombe sans aucun doute à l'Etat d'origine, dont on exige même qu'il apporte la preuve d'un fait négatif, à savoir qu'il est indiqué expressément quelque part que la réparation recherchée n'était pas une anticipation commune. C'est là, du moins, une interprétation possible qui éliminerait au fond toute conditionnalité et ferait qu'en pratique la réparation aurait toujours lieu, parce qu'il serait impossible de rapporter la preuve contraire. Les observations qui précèdent ne sont donc pas inspirées par de simples considérations de sémantique, surtout si l'on tient compte du fait que certaines formes de responsabilité objective — les moins absolues — sont utilisées comme moyens d'atteindre le même résultat par le biais du renversement de la charge de la preuve.

22. Les « anticipations communes » sont celles qui a) « ont été exprimées dans la correspondance ou dans d'autres échanges entre les Etats concernés, ou, si nulle prévision n'a été exprimée de la sorte, b) [celles qui] peuvent être déduites de normes communes, législatives ou autres, ou de modes de comportement communs normalement observés par les Etats concernés ou dans tout groupement régional ou autre auquel lesdits Etats

appartiennent, ou parmi la communauté internationale » (sect. 4, par. 4). Quelle est la nature de ces « anticipations communes » ? Les anticipations sont dans une certaine mesure sources de droits. On le voit par exemple à travers l'application du principe de la bonne foi, à travers l'*estoppel* ou à travers ce que l'on a coutume d'appeler dans certains systèmes juridiques la théorie du comportement raisonnable. Si l'une des parties agit en fonction des anticipations créées par l'autre partie, elle pourra avoir droit à réparation dans le cas où ces anticipations ne se matérialisent pas par la faute de l'autre partie. En ce sens, les anticipations ont une certaine valeur contractuelle, ou quasi contractuelle. Mais est-ce là le caractère qu'on a voulu leur donner dans l'ébauche de plan ? On ne peut écarter cette hypothèse, du moins si l'on tient compte du texte de l'alinéa a du paragraphe 4 de la section 4, qui, pour déterminer la source des anticipations communes, mentionne en premier lieu « la correspondance ou [...] d'autres échanges entre les Etats concernés », et ne fait intervenir d'autres sources que « si nulle prévision n'a été exprimée de la sorte ». Cependant, l'intention semble avoir été plutôt ici de recourir à un fonds de valeurs communes, que ce soit aux deux parties, à une région ou enfin à l'ensemble de la communauté internationale. En faisant intervenir la notion d'anticipation commune, on semble avoir cherché à faire reposer la réparation sur une base plus ou moins coutumière, ou quasi coutumière. On en trouve l'illustration dans certaines affaires citées plus loin<sup>29</sup>, et il a été notamment affirmé dans l'une d'elles que le principe admis en Europe était que, quand une activité à risques était entreprise, des négociations étaient obligatoires avec les Etats susceptibles d'être affectés.

23. En résumé, l'ébauche de plan poursuit deux objectifs essentiels : prévoir pour les Etats une procédure tendant à l'établissement de régimes destinés à réglementer les activités qui causent ou peuvent causer des dommages transfrontières; envisager le cas où un dommage se produit alors qu'aucun régime n'a encore été instauré.

24. En ce qui concerne le premier objectif, l'Etat d'origine a fondamentalement deux types d'obligations :

a) Aviser l'Etat susceptible d'être affecté par une activité dangereuse menée dans l'Etat d'origine, l'informer des caractéristiques de l'activité en rapport avec le dommage prévisible et proposer des mesures pour remédier à la situation;

b) Coopérer de bonne foi à la mise en place d'une procédure d'enquête et de conciliation, lorsque les mesures précitées ne semblent pas suffisantes à l'Etat affecté.

Il est précisé dans l'ébauche de plan qu'un manquement à ces deux obligations ne donne lieu par lui-même à aucun droit d'action; toutefois, le manquement à l'obligation d'informer entraîne certaines conséquences procédurales défavorables.

25. Une obligation supplémentaire pèse sur l'Etat d'origine tant qu'il n'exécute pas les deux premières, et on peut affirmer que, dès lors qu'il perçoit les dangers d'une activité, il est tenu de la surveiller en permanence

<sup>29</sup> Voir *infra* note 40 d.

et d'adopter les mesures qu'il juge nécessaires et possibles pour sauvegarder les intérêts de l'Etat affecté.

26. Quant au second objectif, il semble viser à créer un régime applicable à la réparation du dommage. Son fondement théorique est mixte : d'une part, le précédent Rapporteur spécial a cherché à l'asseoir sur les obligations de prévention, de manière que celles-ci — dont il semble généralement admis qu'elles sont ancrées dans la pratique des Etats et dans le droit international général — incluent aussi l'obligation de réparer quand le dommage s'est produit. Néanmoins, l'obligation de réparer est fondée aussi sur une certaine forme de responsabilité objective dont le caractère automatique est très atténué par les deux éléments de conditionnalité susmentionnés : les anticipations communes et la négociation (v. par. 20), où interviennent les aspects visés à la section 7, de telle sorte que les formules de l'équilibre des intérêts semblent être recherchées dans la détermination du dommage causé par un acte précis et dans sa compensation.

27. Quant aux principes, éléments et aspects de l'ébauche de plan à prendre en considération, il convient à ce stade d'examiner les principes visés à la section 5, étant donné la grande importance qu'ils ont pour le fonctionnement des mécanismes dont on tente d'exposer ici la dynamique.

a) Le premier principe (par. 1) fait écho au principe 21 de la Déclaration des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)<sup>30</sup>, autrement dit il cherche à assurer que sur le territoire d'un Etat toutes les activités humaines s'exercent avec la plus grande liberté compatible avec les intérêts des autres Etats. C'est le principe directeur de l'ensemble du sujet, celui qui va autoriser et justifier le critère de l'équilibre des intérêts et celui sur lequel reposeront tous les régimes et toutes les compensations en l'absence de régime.

b) Le deuxième principe (par. 2) est celui de la prévention et éventuellement de la réparation lié au premier. Les normes de prévention sont déterminées

comme il convient selon l'importance de l'activité en question et sa viabilité économique.

c) Le troisième principe (par. 3) veut que les pertes ou dommages subis par une victime innocente ne soient pas laissés à sa charge, sous réserve cependant des conditions déjà indiquées. Intervient ici aussi une forme d'équilibre des intérêts selon la répartition des avantages produits par l'activité dangereuse, des moyens à la disposition de l'Etat d'origine, des normes appliquées dans l'Etat affecté, et de la pratique régionale et internationale.

d) Il existe enfin un principe (par. 4), de nature procédurale, dont il a déjà été question (*supra* par. 16), qui autorise un Etat affecté, auquel l'Etat d'origine n'a pas communiqué de renseignements au sujet de la nature et des effets d'une activité, non plus que les moyens de vérifier et d'évaluer ces renseignements, à recourir largement aux moyens de preuve offerts par les faits et circonstances pour établir si l'activité cause ou peut causer des pertes ou dommages. Ce principe semble destiné à compenser le déséquilibre qui, du point de vue de la nature et des effets de l'activité, existe entre l'Etat d'origine, lequel a juridiction exclusive sur son territoire, et l'Etat victime qui, en raison de cette exclusivité, ne peut enquêter sur l'activité et ses effets<sup>31</sup>.

28. Quel est le caractère de ces principes ? Dans l'optique de la constitution de régimes, il s'agit de principes directeurs qui en faciliteront l'élaboration. Mais dans l'hypothèse d'un dommage survenant en l'absence de régime, ils semblent avoir un caractère plus contraignant. A tout le moins, l'une des parties pourra les invoquer et ils ne seront écartés qu'en cas de convention à cet effet. Le reste de l'ébauche de plan, bien qu'il soit important pour le présent sujet, n'a pas d'influence décisive sur la dynamique du plan, ou en tout cas son influence paraît se borner à ce qui a été déjà signalé au paragraphe 26, à savoir les éléments dont les parties doivent tenir compte (sect. 6), les aspects relatifs à la prévention et à la réparation (sect. 7), et la mise en place éventuelle de moyens de règlement des différends (sect. 8). Tout cela sera analysé au fur et à mesure de l'étude du sujet.

<sup>30</sup> 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), 1<sup>re</sup> partie, chap. I<sup>er</sup>.

<sup>31</sup> Voir le raisonnement de la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fond), arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 18.

## CHAPITRE III

### Analyse critique de l'ébauche de plan

#### A. — Les activités

29. On observera d'abord que l'ébauche de plan se réfère constamment aux « activités » qui prêtent à conséquences préjudiciables, et non aux « actes », qui est cependant le terme retenu à la fois dans le titre espagnol et le titre anglais du sujet. De la sorte, on fait sans le dire expressément la soudure entre les versions espagnole et anglaise, d'une part, et la version française, d'autre part, dont le titre se réfère aux « activités ». On peut, si l'on veut, considérer qu'une activité s'analyse en une

série d'actes. C'est à l'activité qu'est associée l'idée de danger et c'est elle qui dicte la forme que prend généralement, et même parfois statistiquement, le préjudice. Ce sont les activités qu'il convient d'étudier pour les soumettre éventuellement à un certain régime, et non pas seulement les actes isolés, pour lesquels on aura plus de mal à définir un tel régime. Une activité du genre de celles qui sont examinées en relation avec le présent sujet recouvre, il est facile de le voir, une grande quantité d'actes de caractère différent — par exemple l'activité consistant à gérer une usine comme la Fonderie de Trail



ou encore la multiplicité d'actes divers accomplis par un certain nombre d'individus et qui, pris ensemble, finissent par provoquer des émissions nocives. On est donc bien fondé, semble-t-il, à prendre cette position dont il faudra peut-être, le moment venu, tenir compte pour modifier les titres espagnol et anglais du sujet.

30. Les activités visées dans l'ébauche de plan sont celles « qui causent ou peuvent causer » un préjudice transfrontière (sect. 1.1), c'est-à-dire des activités à risque, sans que soit du reste précisée la catégorie de risque qui les caractérise. On a vu plus haut (par. 13 *in fine*) que l'on peut concevoir divers types d'activités selon le risque qu'elles créent. Zemanek distingue les activités qui causent un préjudice seulement en cas d'accident et celles qui provoquent en permanence l'émission de matières nuisibles<sup>32</sup>. Gunther Handl, pour sa part, exclut du champ du sujet un type particulier d'activités relevant de la seconde catégorie, à savoir celles dont l'Etat d'origine doit ou devrait savoir — s'agissant d'émissions continues et parfaitement prévisibles — qu'elles causent un préjudice transnational notable, que cet Etat doit ou devrait être en mesure d'empêcher. On se trouverait en pareil cas devant un fait internationalement illicite<sup>33</sup>. Les deux auteurs admettent l'existence

<sup>32</sup> Zemanek considère que :

« Le terme « responsabilité pour risque » est fréquemment utilisé pour ce type de responsabilité. Mais ce terme est peu convenable dans le présent contexte parce qu'il doit s'appliquer à deux situations dont seulement une comporte, proprement dit, un élément de risque :

« a) L'activité risquée propre : dans ce cas-là, l'activité ne cause pas de dommages dans son opération normale, mais en est capable en cas d'accident. C'est la dimension du dommage qu'on craint et c'est la raison pour laquelle on ne permet cette activité que sous condition que tout dommage éventuel soit compensé.

« b) L'émission permanente de matières nuisibles : dans ce cas la société accepte apparemment une certaine mesure de pollution (qui souvent n'est pas clairement perçue par l'individu) mais si la limite fixée est dépassée, soit par un accident soit par un changement du standard technologique, le préjudice en résultant doit être compensé.

« Nous proposons d'utiliser le terme « responsabilité absolue » pour couvrir les deux cas. Le terme implique en même temps que cette responsabilité n'est pas la conséquence d'un délit. » (*Op. cit.* [supra n. 18], p. 17.)

<sup>33</sup> Pour Handl,

« [...] La question fondamentale est évidemment de savoir quand un comportement de l'Etat, qui est en soi licite puisqu'il relève de l'exercice légitime d'un droit souverain, mais qui produit des effets transfrontières préjudiciables, doit être considéré comme internationalement illicite. [...] Sans doute les Etats ont-ils l'obligation générale de s'abstenir de causer tout dommage transfrontière. Mais cette obligation ne signifie pas que les Etats affectés jouissent d'une protection absolue contre les atteintes transfrontières causées au milieu naturel. En effet, la pratique internationale montre que seul un dommage transfrontière, qualifié de « substantiel », d'« important » ou de toute autre façon analogue, équivaut à une violation des droits de l'Etat affecté. Dans ces conditions, la constatation *ex post facto* des effets transfrontières dommageables ne sert qu'à déterminer si l'utilisation par un Etat de ressources naturelles partagées, aussi acceptable qu'elle puisse être en elle-même, a eu pour conséquence la violation des droits d'un autre Etat. Le constat d'une telle infraction ne permet cependant pas de conclure que le comportement préjudiciable est internationalement illicite. »

Toutefois, l'auteur enchaîne aussitôt sur ce concept important :

« Par contre, l'examen de la nature de la pollution transfrontière peut autoriser une conclusion de ce genre. S'il s'agit en effet d'une pollution de type continu, on peut dire que l'Etat d'origine en avait connaissance, ou présumer qu'il en avait connaissance. Cette connaissance sera d'ailleurs d'autant plus facile à présumer que les

d'un minimum ou seuil de préjudice, qui, en vertu de la coutume établie, devrait être supporté par l'Etat affecté, mais Handl souligne que, si l'Etat d'origine a pour le moins conscience d'un risque de franchissement de seuil et dispose du moyen de l'empêcher, on se trouvera, comme on l'a vu, en présence d'une responsabilité pour faits illicites. Il en sera certainement ainsi dans les cas où le préjudice substantiel considéré résulte de l'inobservation d'une interdiction. Il faut noter cependant que même dans les cas d'« émissions permanentes de matières nocives », dont parle Zemanek, il peut arriver qu'il y ait accident, et que la responsabilité à mettre en jeu soit de nature objective, comme cela a été le cas dans l'affaire de la Fonderie de Trail (*Trail Smelter*)<sup>34</sup>. A cette occasion, le tribunal arbitral a été conduit à définir certaines règles et conditions tendant à éviter que ne se produise un préjudice substantiel; néanmoins, il a prévu l'indemnisation dans l'hypothèse où le préjudice résulterait d'un accident, bien que toutes les mesures préventives eussent été prises.

31. En somme, une activité qui n'a pas été interdite, même si elle présente un danger et risque d'être interdite par la suite, relève du champ du présent sujet. On ne pourra parler de « zone crépusculaire » que dans des cas limites d'activités difficilement saisissables et en passe d'être interdites, mais non dans les autres cas, car, de toute évidence, relèveront du sujet les activités qui, bien que causant un préjudice notable, seront autorisées, parce que la comparaison des intérêts adverses en présence penche en faveur de leur poursuite, malgré les risques y afférents et l'éventualité des dommages à réparer.

32. A ces deux types d'activités, caractérisés par la prévisibilité du risque ou du préjudice potentiel, il faut ajouter celles pour lesquelles le préjudice est imprévisible, comme dans les circonstances excluant l'illicéité pour les motifs invoqués dans les articles 31 (Force majeure et cas fortuit), 32 (Détresse) et 33 (Etat de nécessité) de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats<sup>35</sup>. L'article 35 de ce projet dispose que « L'exclusion de l'illicéité d'un fait d'un Etat en vertu des dispositions des articles 29, 31, 32 ou 33 ne préjuge pas des questions qui pourraient se poser à pro-

Etats commenceront à fixer des normes environnementales pour la protection de la santé et du bien-être publics et pour la préservation des ressources naturelles. Des normes de cette nature imposent nécessairement une surveillance étroite des concentrations de polluants dans l'environnement et de leurs modes de dispersion; il faut donc que les pollutions transfrontières d'une certaine ampleur fassent l'objet d'une vigilance accrue de la part des Etats. Si donc un Etat rejette intentionnellement des polluants, en sachant avec certitude ou avec un degré de certitude suffisant que ce rejet causera des effets préjudiciables transnationaux importants, l'Etat d'origine sera manifestement tenu responsable du dommage en résultant. Le comportement causant ce dommage sera alors considéré comme internationalement illicite. En fait, dans la plupart des cas, les effets transfrontières préjudiciables à l'environnement sont la conséquence d'une pollution transfrontière continue, et soulèvent donc par là même des questions de responsabilité étatique. »

(G. Handl, « Liability as an obligation established by a primary rule of international law: Some basic reflections on the International Law Commission's work », *Netherlands Yearbook of International Law*, 1985, La Haye, vol. 16, p. 56 à 59.)

<sup>34</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905.

<sup>35</sup> *Annuaire... 1980*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 29.

pos de l'indemnisation des dommages causés par ce fait ». Cette réserve trouverait donc son complément dans le présent projet, où l'obligation d'indemniser serait établie en vertu du principe énoncé au paragraphe 3 de la section 4, sous réserve, évidemment, des conditions déjà évoquées (anticipations communes, négociations).

33. Les activités et les cas envisagés sont certes hétérogènes, mais l'unité du sujet n'en souffre pas, car elle se fait autour du préjudice; en outre, il faut observer que, dans tous les systèmes juridiques, la responsabilité pour fait illicite et la responsabilité pour risque apparaissent liées, la seconde venant habituellement compléter à point nommé la première<sup>36</sup>.

### B. — Les obligations

34. Il semble ressortir de l'analyse que les obligations « envers » le régime sont de deux sortes : informer et négocier.

35. La première obligation consiste pour l'Etat d'origine à informer l'Etat risquant d'être affecté qu'une activité jugée dangereuse a commencé ou va commencer sur son territoire et à fournir à cet Etat toutes données nécessaires concernant les caractéristiques de l'activité en question, les risques qu'elle présente et le type de préjudice qu'elle peut causer, afin que cet Etat soit en mesure d'évaluer correctement la situation. La même obligation incombe à l'Etat d'origine si l'Etat risquant d'être affecté appelle son attention sur une activité de ce type déjà commencée ou sur le point de commencer sur le territoire de l'Etat d'origine. Cette obligation semble correspondre à deux types d'objectifs différents dont l'un, de caractère général, a trait à la coopération avec l'Etat affecté eu égard aux circonstances. Il convient toutefois de ne pas oublier la nature de ces circonstances, à savoir l'existence d'un risque et donc d'un préjudice éventuel pour l'Etat affecté. En outre, selon le régime que prévoit l'ébauche de plan, il s'agira d'un préjudice dont la responsabilité incombera en principe à l'Etat d'origine, étant donné qu'en principe également ce préjudice ne doit pas être laissé à la charge de la victime innocente. Intervient alors l'autre objectif : prévenir et éviter un préjudice qui serait imputable à l'Etat d'origine, ce qui donne plus de force à l'obligation que le simple devoir, plus ou moins général, de coopérer.

36. La violation de cette obligation autorise l'Etat affecté — à titre de contre-mesure qui semble aller de soi — à mettre en œuvre des moyens, lesquels seraient interdits en d'autres circonstances, afin de prouver le caractère dangereux de l'activité (sect. 5, par. 4) et, ajoutera-t-on — bien que l'ébauche de plan ne le dise pas explicitement —, afin d'établir, sauf preuve du contraire, la présomption qu'il existe une relation de causalité entre l'activité et le préjudice, si le préjudice s'est produit avant qu'on ait pu s'entendre sur le régime applicable.

<sup>36</sup> Selon Handl, « Cette hypothèse [l'homogénéité du contenu du sujet] paraît cependant difficile à justifier, vu qu'il existe dans la plupart des systèmes juridiques internes des domaines de responsabilité objective, ou responsabilité sans faute, dont la raison d'être ne peut pas toujours être ramenée à un dénominateur commun. » (*Loc. cit.* [*supra* n. 33], p. 63.)

La première hypothèse vise le cas où, malgré une dénégalation initiale, on en est arrivé à instituer un mécanisme d'établissement des faits; cette hypothèse répond adéquatement, semble-t-il, au raisonnement suivi par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou*<sup>37</sup>, la Cour n'ayant pas admis alors que le Royaume-Uni procède par présomption pour établir que le Gouvernement albanais connaissait l'existence du champ de mines. En fait, quelle autre possibilité envisager, compte tenu du caractère absolu de la souveraineté territoriale ? Etant donné ce qui a été dit plus haut, on est, par conséquent, fondés à considérer cette obligation d'information comme faisant partie des obligations de prévention.

37. Quant aux autres obligations, elles semblent toutes ressortir à l'obligation de négocier. Mais que faut-il négocier ? En général, il s'agit de négocier un régime qui ait pour objet de prévenir, de limiter et éventuellement de réparer les préjudices résultant de l'activité dont il s'agit. En fait, au paragraphe 1 de la section 2, l'obligation d'informer est assortie de l'indication des mesures proposées pour remédier à la situation. Il est bien évident que si l'Etat d'origine se propose effectivement de prendre des mesures préventives touchant l'activité considérée, il doit en informer l'Etat affecté, et il doit aussi, s'il fournit des informations concernant les dangers liés à une activité nouvelle, proposer des mesures tendant à prévenir, limiter ou réparer le préjudice éventuel. Il convient de distinguer à cet égard l'hypothèse dans laquelle l'Etat affecté signalerait lui-même comme dangereuse une activité que l'Etat d'origine ne considère pas telle. En pareille circonstance, il n'y a cependant pas obligation de proposer des mesures, car on ne s'est pas encore entendu sur les faits. Mais il est clair que l'Etat d'origine a l'obligation d'informer l'Etat affecté quant aux caractéristiques de l'activité considérée pour que l'existence éventuelle d'un risque puisse être établie. Dans le premier cas, il y aurait obligation de proposer des mesures préventives, cette obligation étant liée à celle de négocier un régime, étant donné que les mesures en question constituent le premier pas de toute négociation.

38. Néanmoins, l'obligation générale de négocier un régime suppose en réalité que les parties se sont déjà mises d'accord sur les circonstances de fait; c'est la logique qui le veut. L'obligation de négocier doit reposer sur une base commune, et si les parties ne s'accordent pas à reconnaître que l'activité comporte effectivement un risque, il deviendra nécessaire d'établir exactement la portée du risque éventuel. Ainsi est-il prévu dans l'ébauche de plan que, si les mesures proposées semblent insuffisantes à l'Etat affecté, on instituera un mécanisme d'établissement des faits. Il faut ajouter que la même mesure s'impose dans le cas où l'Etat d'origine n'a pas le même avis que l'Etat affecté quant à la nature du risque lié à l'activité (sect. 2, par. 4 et 5). Dans les deux cas, l'obligation initiale de proposer des mesures se transforme en une autre obligation, celle de négocier l'institution du mécanisme d'établissement des faits et de conciliation. On ne peut donc pas dire que l'inexécution des deux obligations primaires énoncées à la section 2 soit dépourvue de conséquence : l'obligation d'informer a une conséquence procédurale défavorable

<sup>37</sup> Voir *supra* note 31.

pour l'Etat d'origine, et la seconde obligation se transforme en une autre obligation spécifique, à savoir l'institution du mécanisme susmentionné.

39. Cependant, l'obligation d'informer constitue non seulement une obligation « envers » l'institution d'un régime, mais aussi une obligation « envers » la réparation d'un dommage effectivement causé. De toute évidence, si un préjudice se produit en conséquence d'une activité conduite sur le territoire d'un Etat, lequel s'est abstenu de donner toute information concernant le caractère dangereux de cette activité à ceux qui peuvent en être affectés, l'Etat d'origine se trouve placé dans une situation très défavorable, non seulement du point de vue procédural (une relation de causalité est présumée entre le préjudice et l'activité), mais encore du fait que son acte sera réputé illicite, avec toutes les conséquences qui s'ensuivent. Supposons, par exemple que les Etats-Unis d'Amérique n'aient pas lancé d'avertissement ou pris les mesures de précaution voulues avant de procéder à leurs expériences nucléaires. On ne saurait guère douter qu'en pareille circonstance l'affaire du « *Fukuryu Maru* » (1954)<sup>38</sup> aurait eu une signification bien différente. Par conséquent, soustraire — comme on le fait au paragraphe 8 de la section 2 — cette obligation à l'exercice de tout droit d'action, notamment en rapport avec la survenance d'un dommage, n'est guère approprié. On se trouve là, comme dans le cas de l'obligation de négocier en vue d'instituer un mécanisme d'établissement des faits, devant trois possibilités. La première est de ne rien changer à l'ébauche de plan, de sorte que les Etats puissent arriver plus facilement à un consensus, en évitant les difficultés que soulèverait un régime qui leur imposerait d'emblée des obligations lourdes de conséquences. La deuxième est de prévoir expressément ces conséquences dans le projet même. La dernière, enfin, serait de supprimer purement et simplement, dans le paragraphe 8 de la section 2, la phrase relative à l'absence de droit d'action.

40. Pour permettre à la Commission de se prononcer plus facilement sur ces trois possibilités, il convient de rappeler la nature de l'obligation de négocier, car on pourrait croire qu'il s'agit d'une obligation incomplète ou d'une obligation de *soft law*, dont le non-respect, aurait-on naturellement tendance à penser, est sans conséquence. La question a été étudiée par la Commission dans les premiers rapports sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, et il n'y a pas lieu d'ajouter grand-chose à ce qui a été dit alors<sup>39</sup>. Les analyses antérieures font uniformément apparaître que l'obligation de négocier est bien établie en droit international pour ce qui est du règlement des conflits d'intérêts, et cela est particulièrement vrai des conflits d'intérêts examinés ici, où l'obligation est liée à la prévention d'un préjudice, dont l'une des parties au processus de négociation est éventuellement responsable. L'interdiction générale de causer un préjudice à autrui, qu'exprime la maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas*, aura peut-être pour effet, dans

le cas présent, de renforcer le caractère obligatoire de la négociation, dans la mesure où le mécanisme de négociation est nécessaire pour donner effet à ce principe de droit<sup>40</sup>. En réalité, l'obligation de négocier n'apparaît pas tant comme une obligation incomplète que comme une obligation dont l'inexécution n'est pas toujours facile à déterminer. Il est utile, à cet égard, de s'appuyer sur la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux* (1957), qui fait ressortir deux points pertinents au regard du raisonnement suivi ici :

[...] On a ainsi parlé, quoique souvent d'une manière impropre, de « l'obligation de négocier un accord ». En réalité, les engagements

<sup>38</sup> Il convient de rappeler à cet égard l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, ainsi que

a) les dispositions de nombreux traités multilatéraux qui reprennent cette obligation, notamment : art. 5 de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (E/ECE/1010); art. 142 (par. 2) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (v. *supra* n. 5); art. III de la Convention internationale sur l'intervention en haute mer en cas d'accident entraînant ou pouvant entraîner une pollution par les hydrocarbures (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 970, p. 211); art. 12 de la Convention pour la protection et la mise en valeur du milieu marin dans la région des Caraïbes (*International Legal Materials*, Washington [D.C.], vol. XXII, n° 2, 1983, p. 227);

b) les dispositions de nombreux traités bilatéraux tels que : art. II (par. 1) et IV et V de l'Accord de 1975 entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique concernant l'échange de renseignements relatifs aux activités visant à modifier le temps (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 977, p. 385); art. 30 et 31 de la Convention de 1922 relative au règlement de la question des eaux et des digues à la frontière germano-danoise (SDN, *Recueil des Traités*, vol. X, p. 200); art. 3 de la Convention générale de 1931 entre la Roumanie et la Yougoslavie concernant le régime des eaux (*ibid.*, vol. CXXXV, p. 31); art. 14 de la Convention de 1929 entre la Norvège et la Suède au sujet de certaines questions relatives au régime juridique des eaux (*ibid.*, vol. CXX, p. 263);

c) certaines décisions judiciaires connues telles que l'avis consultatif de la CPIJ, du 15 octobre 1931, dans l'affaire du *Trafic ferroviaire entre la Lituanie et la Pologne*, où se trouve définie pour la première fois l'obligation de négocier, laquelle « n'est pas seulement d'entamer des négociations, mais encore de les poursuivre dans toute la mesure possible en vue d'arriver à des accords » (C.P.J.I. *série A/B* n° 42, p. 116); l'arrêt de la CIJ du 20 février 1969 dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (C.I.J. *Recueil* 1969, p. 3); et celui du 25 juin 1974, dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* (Royaume-Uni c. Islande) [C.I.J. *Recueil* 1974, p. 3]; la sentence arbitrale du 16 novembre 1957 dans l'affaire du *Lac Lanoux* (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII [numéro de vente : 63.V.3], p. 281).

d) la pratique des Etats offre également des exemples intéressants dans le sens des précédents susmentionnés. Il a déjà été fait allusion à certaines affaires (*supra* par. 22 *in fine*), dont l'une concernait l'installation de réacteurs nucléaires pour la production d'électricité, à Dukovany (Tchécoslovaquie), à 35 km de la frontière autrichienne. Le Gouvernement tchécoslovaque avait, en la circonstance, accepté d'engager des pourparlers avec le Gouvernement autrichien au sujet de la sécurité de l'installation. Une autre affaire avait trait à la construction d'une centrale nucléaire à Rütli (Suisse), dans la haute vallée du Rhin, près de la frontière autrichienne. A la suite des objections soulevées par le Gouvernement autrichien, des négociations se sont ouvertes entre la Suisse et l'Autriche et ont abouti à une réévaluation complète par le Gouvernement suisse de l'ensemble du projet. Une autre affaire encore concernait la construction d'une raffinerie en Belgique, près de la frontière néerlandaise. Les Pays-Bas avaient formulé des objections et fait observer que, en vertu d'un principe admis en Europe, l'Etat d'origine, avant d'entreprendre toute activité pouvant causer des dommages aux Etats voisins, devait négocier avec eux. Le Parlement belge avait, de son côté, exprimé une préoccupation analogue et demandé au gouvernement comment il se proposait de régler le problème. [Pour plus de précisions concernant ces affaires, ainsi que les autres précédents, voir l'étude du Secrétariat sur la pratique des Etats concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international : *Annuaire... 1985*, vol. II (1<sup>re</sup> partie)/Add.1, doc. A/CN.4/384, par. 97 à 113.]

<sup>38</sup> Voir M. M. Whiteman, éd., *Digest of International Law*, Washington (D.C.), 1967 vol. 8, p. 764.

<sup>39</sup> Voir en particulier le premier rapport de M. Schwebel sur ce sujet : *Annuaire... 1979*, vol. II (1<sup>re</sup> partie), p. 176, doc. A/CN.4/320, par. 86 et 87.

ainsi pris par les Etats prennent des formes très diverses et ont une portée qui varie selon la manière dont ils sont définis et selon les procédures destinées à leur mise en œuvre; mais la réalité des obligations ainsi souscrites ne saurait être contestée et peut être sanctionnée, par exemple, en cas de rupture injustifiée des entretiens, de délais anormaux, de mépris des procédures prévues, de refus systématiques de prendre en considération les propositions ou les intérêts adverses, plus généralement en cas d'infraction aux règles de la bonne foi [...]»<sup>41</sup>.

Les deux points à retenir de ce texte sont les suivants : a) le fait qu'il s'agit incontestablement d'une obligation réelle, et b) les hypothèses de violation données en exemple.

41. Quant aux trois possibilités qui s'offrent en relation avec l'obligation de négocier inscrite dans le projet à l'étude, elles appellent les réflexions suivantes :

a) Etant donné qu'il y a obligation de négocier, ainsi qu'il ressort des paragraphes précédents, il faut penser que l'inexécution de cette obligation par un Etat pourra normalement entraîner certaines conséquences défavorables. C'est ainsi que l'Etat affecté pourra fort bien, à titre de rétorsion, s'abstenir d'exécuter telle ou telle obligation qui pourrait lui incomber en vertu d'un autre traité et à laquelle l'Etat d'origine portera un intérêt particulier. C'est là une attitude possible eu égard à l'article 73 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités<sup>42</sup>. Si le texte de l'ébauche de plan est laissé tel quel, peut-être l'Etat affecté serait-il privé de cette faculté que lui ouvre le droit international général. Il semble assez dangereux d'exclure tout droit d'action comme le fait le projet, et ces arguments militent contre la première possibilité, celle de laisser le texte inchangé.

b) La Commission doit-elle prévoir des sanctions dans le projet ? Le Rapporteur spécial estime que, si le projet vient à prendre la forme d'un traité, les Etats parties disposeraient toujours des moyens prévus par l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969. Ajouter quoi que ce soit à ce régime ne paraît guère pratique.

c) On est ainsi amené à conclure que le mieux serait de supprimer, dans l'ébauche de plan, la première phrase du paragraphe 8 de la section 2 et celle du paragraphe 4 de la section 3. On verra plus loin ce qu'il convient de faire de la deuxième phrase de ces deux paragraphes.

### C. — Le préjudice causé en l'absence de régime conventionnel

42. La section 4 de l'ébauche de plan est le texte qui a provoqué les discussions les plus difficiles à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, ainsi que dans la doctrine, car il vise la situation où, en l'absence de régime réglant conventionnellement les droits des parties, se produit, en conséquence d'une activité accomplie sur le territoire ou sous le contrôle d'un Etat, un préjudice qui atteint des personnes ou des biens situés sur le territoire d'un autre Etat. Si on passe, pour la clarté de l'exposé, au commentaire de la section 5, il faut souligner ici que l'ébauche de plan énonce le principe selon lequel « les pertes ou dommages subis par une

victime innocente ne devraient pas être laissés à sa charge » (par. 3), mais cela, naturellement, « pour autant que les articles précédents le permettent ». On a déjà vu (*supra* par. 20 à 22) que le système retenu subordonne la réparation à deux critères importants : a) les anticipations communes, et b) la négociation elle-même, où intervient éventuellement la prise en considération de différents facteurs.

43. De toute évidence, ces dispositions ont pour objet de servir d'amortisseurs entre le dommage causé et la responsabilité absolue de l'Etat d'origine, de façon que n'entrent pas en jeu les mécanismes automatiques particuliers à cette responsabilité. Tel est sans aucun doute l'un des principaux apports de l'ébauche de plan pour tenter d'éliminer les difficultés apparues, au sein même de la Commission et parmi les Etats en général, à propos de l'application éventuelle à l'échelon international de la responsabilité objective en l'absence d'une convention au sujet d'une activité déterminée. On a déjà vu (*supra* par. 20) que c'est sur ce point que les parties négocieraient. On pourrait ajouter à cela le commentaire fait par le précédent Rapporteur spécial, dans son quatrième rapport, sur l'opinion de Caubet :

[...] A défaut d'une stipulation expresse dans un régime applicable, il doit toujours y avoir une certaine marge d'appréciation pour répondre à des questions telles que : comment une perte ou un dommage doit-il être qualifié ? Ce genre de perte ou de dommage était-il prévisible ? La perte ou le dommage est-il important ? Et le quantum de la réparation est-il affecté par une question de partage ou par une modification des circonstances existant au moment où a été établie l'activité génératrice de la perte ou du dommage ? [...]»<sup>43</sup>.

Cette phase des négociations fait dire à Handl que l'on est en présence d'un *negotiable duty*, c'est-à-dire d'une obligation négociable pour l'Etat d'origine, et que « l'acceptation en vue » du projet par les Etats en général « est au prix d'un affaiblissement sensible du contenu normatif de la responsabilité »<sup>44</sup>.

44. Il reste à voir si c'est là un prix nécessaire, et seul le temps le dira. Dans l'immédiat, la négociation est une étape inévitable, si le projet lui-même ne prévoit pas de mécanisme de règlement des différends. Par quel autre moyen les droits des parties pourront-ils être mis en accord avec les principes établis à la section 5 ? D'autre part, attendu qu'il s'agit d'une activité qui n'est pas couverte par un régime, et à laquelle il faut donc appliquer les principes généraux, comment déterminer le quantum de la réparation en vue d'une éventuelle répartition des coûts si des mesures préventives ont été prises et compte tenu des autres éléments déjà mentionnés ou de ceux qui sont énumérés à la section 6 ? Comment déterminer si le préjudice est sensible ou considérable ou appréciable, ou mérite un autre qualificatif, et dépasse donc le seuil de tolérance que la coutume semble avoir imposé en la matière ?

45. Selon le paragraphe 1 (*in fine*) de la section 4, « Les Etats concernés négocient de bonne foi pour atteindre ce but », c'est-à-dire pour déterminer les droits et obligations des parties. Cette formule semble signifier que l'on crée une nouvelle obligation de négocier, mais cette fois non pas « envers » un régime, mais

<sup>41</sup> Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 306 et 307, par. 11.

<sup>42</sup> Nations Unies, *Annuaire juridique 1969* (numéro de vente : F.71.V.4), p. 146.

<sup>43</sup> Doc. A/CN.4/373 (v. *supra* n. 2), par. 54.

<sup>44</sup> Handl, *loc. cit.* (*supra* n. 33), p. 72.

« envers » la réparation du préjudice causé. Il est à noter que cette obligation de négocier n'est pas dépourvue de protection juridictionnelle comme l'est celle de négocier un mécanisme d'enquête sur les faits ou un régime, prévue à la section 3.

46. Quant à la responsabilité « objective », les rapports antérieurs consacrent une énergie considérable, tout d'abord, comme on l'a vu, pour en atténuer les effets, et ensuite, pour ne la considérer que comme l'un des divers éléments du fondement juridique de la réparation éventuellement accordée en cas de préjudice en l'absence de régime conventionnel préexistant. On a vu en effet que l'obligation de réparer s'appuie sur l'obligation de prévention réputée reconnue en droit international. L'obligation de réparer n'est rien d'autre en somme que « la prévention après l'événement »<sup>45</sup>. De même, tout bien considéré, l'emploi du critère des « anticipations communes » peut s'interpréter comme une tentative de donner un deuxième point d'appui à l'obligation de réparer, s'ajoutant naturellement à sa fonction première de déclencheur des automatismes de la responsabilité objective. Ce deuxième point d'appui serait constitué, selon le cas, par la nature « quasi » contractuelle de ces anticipations, quand elles résultent d'échanges entre les parties révélant des zones d'accords imparfaits entre elles, ou par leur nature « quasi » coutumière (si l'on peut user d'une formule aussi hétérodoxe), quand les anticipations dérivent de « normes communes, législatives ou autres, ou de modes de comportement communs normalement observés par les Etats concernés ou dans tout groupement régional ou autre auquel lesdits Etats appartiennent, ou parmi la communauté internationale », aux termes de l'alinéa *b* du paragraphe 4 de la section 4.

47. Cependant, même si l'on admet ce qui précède, le troisième point d'appui ne peut manquer d'être la responsabilité objective. Le précédent Rapporteur spécial souligne, en effet, dans son troisième rapport :

Au stade ultime, une fois épuisées toutes les possibilités d'établir un régime — ou encore quand il s'est produit une perte ou un dommage que nul n'avait prévu —, il existe une obligation, qui relève de la responsabilité objective, de réparer le préjudice. [...]»<sup>46</sup>.

On entre ainsi dans le domaine controversé de la responsabilité objective.

48. La première considération qui se présente à ce propos est que la responsabilité objective n'est pas monolithique : son fonctionnement est loin d'être uniforme, autrement dit, il existe divers degrés de rigueur dans ce domaine, au point que, selon le Rapporteur spécial, il faudrait parler de « formes » de responsabilité objective. Goldie relève les différences, en droit anglo-saxon, entre la responsabilité objective (*strict liability*) et la responsabilité absolue (*absolute liability*), selon la rigueur avec laquelle l'une et l'autre s'appliquent<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Voir *supra* par. 6 et note 14.

<sup>46</sup> Doc. A/CN.4/360 (v. *supra* n. 2), par. 41.

<sup>47</sup> Goldie écrit :

« [...] S'il est vrai que, dans certains ouvrages anciens, ces deux qualificatifs [objective et absolue] étaient employés de façon interchangeable pour désigner ce type de responsabilité, l'usage a changé depuis la publication, il y a près de soixante ans, de l'important article de sir Percy Winfield, « The myth of absolute liability ».

49. Du point de vue du droit international, Goldie met en évidence les écarts qui existent, dans le sens qui vient d'être indiqué, entre les conventions telles que celles qui concernent l'énergie nucléaire, où est prévu le critère nouveau d'« enchaînement des causes » (*channelling*), qui « fait remonter la responsabilité à l'exploitant nucléaire, aussi distendu que soit le lien de causalité et aussi nouveaux que soient les facteurs intermédiaires (à l'exception d'un très petit nombre de facteurs exonérateurs)<sup>48</sup> ». Les exceptions à la responsabilité sont très limitées dans ce domaine, comme le montre l'article 9 de la Convention de Paris de 1960 sur la responsabilité civile en matière d'énergie nucléaire, telle que modifiée par son Protocole additionnel de 1964<sup>49</sup>, où les seules causes d'exonération de l'exploitant nucléaire sont :

[...] certains troubles de caractère international comme les actes d'un conflit armé ou d'une invasion, de caractère politique comme la guerre civile ou l'insurrection, enfin des cataclysmes naturels de caractère exceptionnel, c'est-à-dire catastrophiques et totalement imprévisibles; tous ces événements, en effet, mettent en jeu la responsabilité de la nation dans son ensemble. [...]»<sup>50</sup>.

Une telle formule exclurait donc l'application de motifs aussi traditionnels que la force majeure, les cas fortuits, le dol ou le fait des tiers. Même la négligence du demandeur ne parvient pas à exonérer totalement l'exploitant nucléaire<sup>51</sup>.

50. Goldie cite d'aures traités qui établissent des formes de responsabilité absolue, dans l'article qui est commenté ici et dans lequel les membres de la Commission trouveront une illustration plus abondante de cet aspect<sup>52</sup>. Par exemple, la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux<sup>53</sup> (où la sévérité est moindre, puisque l'« enchaînement des causes » ne fonctionnerait pas pour établir la responsabilité, et que l'Etat demandeur devrait prouver la relation causale). De même, dans le domaine de la pollution marine, il existe des degrés de sévérité différents dans l'appréciation de la responsabilité, qui vont en s'aggravant à mesure que le temps passe. Ainsi, la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par

« L'auteur soutenait, avec une logique qui n'a pas fini d'influencer le monde juridique, que les règles exonératoires appliquées par les tribunaux pour tempérer la responsabilité du défendeur, conformément au principe établi par l'affaire *Rylands c. Fletcher* (ainsi que les règles qui sont apparues dans les juridictions qui reconnaissent la doctrine des activités comportant des risques exceptionnels) ont rendu l'adjectif « absolue » quelque peu impropre; c'est ainsi que l'expression « responsabilité objective » a fini par prévaloir dans la pratique des pays de « common law ». Or, si l'expression « responsabilité absolue » est remise en usage dans le présent article, ce n'est pas pour nier la pertinence des arguments de sir Percy Winfield touchant la terminologie, mais pour indiquer que l'on a maintenant affaire, surtout dans le domaine international, à une forme de responsabilité plus rigoureuse que l'on appelle habituellement la « responsabilité objective ».

(« Concepts of strict and absolute liability... », *loc. cit.* [*supra* n. 10], p. 194.)

<sup>48</sup> *Ibid.* p. 196.

<sup>49</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 956, p. 251 et 332.

<sup>50</sup> Voir *Annuaire européen*, vol. VIII, La Haye, 1961, p. 248, « Exposé des motifs », par. 48, cité par Goldie, *loc. cit.* (*supra* n. 10), p. 196.

<sup>51</sup> Goldie, *loc. cit.*, p. 197.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 193 à 204.

<sup>53</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 187.

les hydrocarbures, conclue à Bruxelles en 1969<sup>54</sup>, s'écarterait déjà de l'opinion du Comité maritime international, dont le projet de convention reposait sur la faute et sur le renversement de la charge de la preuve. Le régime qui a été établi à Bruxelles, en vertu de l'article III de la Convention, pourrait donc être qualifié de « responsabilité absolue ». Il a été complété par la création, en 1971, d'un fonds d'indemnisation, qui prévoyait un supplément d'indemnisation et des causes d'exonération encore plus limitées (v. *infra* par. 59). Enfin, la Conférence internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de certaines substances dangereuses, réunie à Londres, en 1984, sous les auspices de l'OMI, a adopté deux protocoles — l'un modifiant la Convention de Bruxelles de 1969, l'autre, la Convention de 1971 portant création d'un Fonds international d'indemnisation — qui augmentent les montants des indemnisations<sup>55</sup>.

51. En effet, la responsabilité pour risque, ou responsabilité objective, n'est qu'une technique appliquée par le droit pour obtenir un résultat; en d'autres termes, il n'y a entre la responsabilité des Etats et la responsabilité internationale que des différences de degré d'interdiction, comme on l'a déjà relevé. Lorsqu'il s'agit d'empêcher certains faits ou d'en indemniser les conséquences s'ils se sont produits, on peut concevoir différents types de moyens qui aboutiront à des régimes plus ou moins rigoureux, selon la valeur que la communauté internationale attache en général aux circonstances. Il est évident que, dans les exemples mentionnés au paragraphe précédent, la communauté internationale et les Etats qui sont devenus parties à ces régimes conventionnels étaient très sensibilisés aux risques créés par les activités susmentionnées, et il en est résulté un type de responsabilité que Goldie préfère appeler « absolue » plutôt qu'« objective ». Toutefois, il paraît certain qu'il n'y a pas de division tranchée entre les deux types, mais de multiples nuances dans la rigueur, depuis l'« enchaînement des causes » et la quasi-absence d'exception, jusqu'à des formes plus atténuées qui seraient, par exemple, le simple renversement de la charge de la preuve ou l'établissement de certaines présomptions qui jouent en faveur du demandeur<sup>56</sup>. En outre, il est évi-

dent que ces formes de responsabilité absolue, si sévères dans l'imputation des conséquences à l'Etat d'origine, n'ont leur place que dans des conventions sur des activités déterminées et très dangereuses, mais non dans un régime général comme celui qui est envisagé ici. Certes, si les Etats concluent, dans le cadre des présents articles, des conventions particulières au sujet de certaines activités, ils opteront pour le type de responsabilité qu'ils considèrent comme la mieux adaptée au risque en cause ou à ses caractéristiques. Mais s'il s'agit de la prévention ou de la réparation d'un dommage, sans qu'il existe un régime préalable, comme dans le cas étudié ici, la responsabilité doit être alors moins stricte ou conditionnelle. Telle est, semble-t-il, l'intention exprimée dans l'ébauche de plan, qui débouche sur un régime de responsabilité peu rigoureux et subordonné aux conditions déjà signalées, qui paraissent appropriées moyennant certaines modifications.

52. Comme il a déjà été indiqué, la responsabilité pour risque ou responsabilité objective s'est heurtée à une forte hostilité de la part de certains membres de la CDI et de représentants à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, au motif, peut-être justifié, qu'elle ne se fonde sur aucune règle du droit international général. Cela est évidemment possible si l'on pense à une règle de caractère très général que l'on appliquerait à un cas spécifique. Cependant, il existe tous les éléments nécessaires pour voir dans ce mode de responsabilité quasiment une conséquence de prémisses vérifiables par le simple jeu de la logique. Ces prémisses se situent à la base de l'ordre juridique international. En effet, il n'est pas nécessaire de démontrer que la notion de souveraineté est un des fondements de cet ordre juridique, et il faut recourir à cette notion pour fonder le droit indéniable de tout Etat de ne pas subir de trouble dans l'usage et la jouissance de son territoire. D'un point de vue théorique, un Etat n'a aucune obligation d'admettre que cet usage et cette jouissance soient perturbés aussi peu que ce soit par l'action d'un autre Etat ou de per-

---

En revanche, la responsabilité des exploitants d'hôtels, pensions et établissements analogues, de même que celle des capitaines de navire et agents de transport, en cas de dommages causés aux biens des clients des établissements susmentionnés ou aux biens transportés, ou en cas de dommages causés par des objets lancés depuis un bâtiment, est soumise à un régime plus rigoureux, puisque, en vertu de l'article 1118 du Code civil, leur responsabilité demeure, « même s'ils prouvent qu'il leur a été impossible d'empêcher le dommage ».

S'agissant de la responsabilité pour les dommages causés par les animaux, les nuances sont multiples. Là encore, on considère que la responsabilité procède du risque créé, bien que la théorie classique exige qu'elle repose sur la faute *in vigilando*, car, souvent, on ne trouvera aucune faute à imputer à celui qui est tenu pour responsable (Borda, *op. cit.*, p. 500). Les motifs d'exonération sont : a) le fait que l'animal a été provoqué par un tiers (art. 1125); b) le fait que l'animal s'est détaché ou échappé, sans qu'il y ait faute du gardien (art. 1127) — c'est-à-dire par la faute d'un tiers exclusivement; c) la force majeure ou la faute de la victime (art. 1128). Dans le cas d'un animal féroce (art. 1129), en revanche, ni la force majeure, ni l'absence de faute de la part du gardien ne sont exonératoires. Toutefois, la faute de la victime elle-même exonère le gardien.

En cas de dommages causés par des objets inanimés — compte tenu de l'amendement apporté à l'article 1113 et aux autres dispositions pertinentes du Code civil par la loi 17.711 de 1968 —, on établit une distinction selon que la chose recèle ou ne recèle pas de vice ou de risque. Dans le second cas, le propriétaire ou le détenteur de l'objet s'exonère en prouvant qu'il n'a pas commis de faute; dans le premier cas, sa responsabilité ne disparaît que s'il prouve qu'il y a eu faute de la part de la victime ou de celle d'un tiers (*ibid.*, p. 505).

<sup>54</sup> *Ibid.*, vol. 973, p. 3.

<sup>55</sup> Goldie, *loc. cit.*, p. 202 à 204. La Conférence de Londres a été également saisie d'un projet de convention sur la responsabilité et l'indemnisation dans le contexte du transport par mer de substances nocives ou dangereuses, qui, de manière plus significative encore, élargit la responsabilité à d'autres substances dangereuses. Voir l'Acte final de la Conférence, auquel sont joints les textes des instruments et résolutions adoptés (publication de l'OMI, numéro de vente : 456 85.15.F). Le projet de convention, distribué par l'OMI sous la cote LEG/CONF.6/3, est publié en anglais dans *International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 23, n° 1, janvier 1984, p. 150.

<sup>56</sup> Par exemple, le Code civil argentin envisage divers degrés de responsabilité. S'agissant de la responsabilité du fait des employés, considérée comme fondée sur le risque :

« [...] s'il est prouvé que l'accident s'est produit par la faute exclusive de la victime, il n'y aura pas lieu à indemnisation; s'il est prouvé que la faute de la victime a concouru au dommage, l'indemnisation sera partielle. Ces solutions ne sont pas incompatibles avec la théorie du risque créé, parce que, une fois établie la faute de la victime, il est établi aussi que l'activité dangereuse n'est pas la cause unique de l'accident et, en présence de causes multiples, le dommage doit être réparti, compte tenu de cette circonstance. » (G. A. Borda, *Manual de obligaciones*, 4<sup>e</sup> éd., Buenos Aires, Perrot, 1970, p. 484.)

sonnes se trouvant sur le territoire de cet autre Etat. Tel est le principe dans sa forme la plus pure.

53. L'autre face de la médaille, qui procède aussi du principe même de la souveraineté nationale, est constituée par le droit supposé d'un Etat de mener ou d'autoriser toute activité sur son territoire, sans égard pour les conséquences pour le territoire des autres Etats. Ces deux propositions découlent de l'idée de souveraineté, et aucune n'est valide si elle est formulée de la sorte. Il est bien connu que la souveraineté, comme le dieu Janus, a deux visages. Cela vient de la contradiction interne dont elle souffre : nul n'est vraiment souverain s'il doit coexister avec d'autres entités égales. L'idée de souveraineté est incompatible avec celle de multiplicité, puisqu'il ne peut y avoir qu'un seul souverain et qu'il n'y a pas de souverain dans une communauté d'égaux. La souveraineté envisagée de manière absolue existerait dans un empire universel, mais non dans une communauté de nations comme celle que l'on connaît. Les deux notions sont incompatibles avec le droit international et avec la simple coexistence de fait entre égaux. Ainsi, la notion que l'Etat a la liberté absolue d'agir sur son propre territoire et, partant de là, l'idée que toute activité autorisée par l'Etat d'origine est valide et que, si un dommage se produit, il n'est pas susceptible de réparation en vertu du droit des gens, est aussi irréaliste que l'hypothèse contraire, à savoir que, comme il est interdit de causer des dommages en troublant l'usage de la jouissance du territoire d'un autre Etat, toute activité qui peut créer un risque est en principe interdite, et qu'elle ne peut être entreprise sans l'autorisation préalable des autres Etats. Enfin, si le dommage causé à des étrangers sur le territoire d'un Etat doit être réparé, que dire de celui qui est causé aux personnes qui vivent dans leur propre pays ? La conclusion est claire. A la base même de l'ordre juridique international réside la souveraineté conçue de la seule manière possible, compte tenu du fait de la coexistence internationale, c'est-à-dire dans le contexte de l'interdépendance. Cette coexistence n'est pas concevable, elle non plus, sans l'égalité juridique des Etats qui y participent. Ne pas tenir compte du droit d'un Etat à l'usage et à la jouissance sans trouble de son territoire (et en définitive refuser d'entrer dans un régime réglementant les droits et devoirs de chacun par rapport à l'activité), ou refuser d'indemniser les dommages survenus, ne fait que modifier l'équilibre et rompre l'égalité entre les Etats. Le principe de l'égalité juridique est très général, et son respect nécessite des règles très précises, primaires ou secondaires selon la nature du sujet. Dès lors, proposer des règles qui en favorisent le respect n'est rien de plus qu'appliquer à la situation des techniques juridiques inévitables.

54. Il n'est donc pas possible de fonder une norme juridique sur une réalité internationale qui n'existe pas, car ni l'indépendance absolue ni la souveraineté absolue n'existent. En revanche, l'interdépendance a toujours existé et est sans cesse plus réelle, et c'est sur cette base que le droit international reconnaît la responsabilité pour risque. C'est donc à bon droit que l'on cherche, dans l'ébauche de plan, à fonder aussi l'obligation de réparer sur l'obligation de prévention. Cette démarche est acceptable parce qu'il est certain que la prévention et la réparation forment un « continuum », puisque l'une et l'autre tendent à des effets similaires, c'est-à-dire à

faire en sorte qu'une activité soit conduite de telle manière que l'effet du dommage qu'elle produit — autrement dit, son aspect négatif — soit aussi léger que possible, d'une part grâce à des mesures préventives, de l'autre, par le moyen de l'indemnisation, qui en efface autant que possible les conséquences. Comme on l'a déjà vu (chap. I<sup>er</sup>, sect. B), c'est le dommage, sa prévention et son élimination qui dominent le sujet. Il est donc juste qu'une activité socialement utile, mais créant un risque, soit soumise à un examen permettant d'étudier les divers intérêts en jeu, et soit autorisée quand ces intérêts s'équilibrent, afin d'éviter qu'il ne soit porté atteinte à l'égalité souveraine des Etats. L'analyse juridique de la matière est peut-être nouvelle. Cowan, par exemple, considère la création d'un risque par l'exercice d'une activité dangereuse comme une expropriation de certains droits<sup>57</sup>. En effet, si l'on ne répare pas les dommages produits, ces activités engendrent un véritable transfert de coûts de l'auteur à la victime. A travers les dommages subis, ce sont les tiers qui supporteraient des coûts devant normalement être portés au débit de l'entreprise. Dans l'ordre international, ce seraient les autres Etats qui subventionneraient des activités profitables à un Etat donné. Il serait légitime de soutenir que la réparation opère une véritable « internalisation » des coûts : des coûts qui apparaissent, à tort, externes à une entreprise ou à une activité sont répercutés à l'intérieur de celle-ci et s'internalisent<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Rappelant l'opinion de Cowan, Goldie écrit :

« Peut-être voit-on apparaître un principe qui voudrait que toute entreprise, dont les travaux comportant des risques exceptionnels peuvent engendrer des dommages pour les personnes qui en consomment les produits ou qui entrent en contact avec ses activités, serait responsable du préjudice résultant du risque ainsi créé. Se contenter de rendre les entreprises responsables en cas de faute reviendrait en effet à leur permettre de procéder à leurs activités aux dépens d'autrui, en rejetant leurs dépenses d'exploitation sur leurs voisins ou sur les utilisateurs finaux de leurs produits ou de leurs services. M. Cowan voit à juste titre dans la nouvelle pratique judiciaire, qui admet le recours en justice dans de tels cas, « une politique consistant à considérer le risque délibérément créé comme une expropriation ». (*Loc. cit.* [*supra* n. 10], p. 185.)

<sup>58</sup> Selon Fleming,

« De façon très prosaïque, on peut illustrer le problème par un accident survenu dans un champ pétrolier, où l'exploitant, ayant décidé d'« éteindre » un puits en danger, avait procédé pour ce faire conformément aux techniques habituelles. Cependant, celles-ci n'avaient pas empêché certaines substances inconnues et nocives d'échapper des entrailles de la terre, notamment de l'arsenic qui s'était répandu sur les pâturages avoisinants. L'exploitant avait alors résolu la déplaisante alternative devant laquelle il se trouvait en faisant passer les intérêts d'autrui après les siens. Les risques d'émission de substances délétères, même s'ils étaient relativement limités, étaient manifestes, et d'autant plus difficiles à éviter qu'il aurait fallu pour cela renoncer à l'extinction du puits. Or celle-ci était nécessaire, et représentait une technique habituelle dans l'industrie pétrolière — industrie d'une importance économique telle que seules des raisons absolument contraignantes pourraient en justifier l'arrêt. Affirmer que la décision de l'exploitant était entachée de négligence serait en supposer l'illicéité, et supposer par conséquent qu'elle pouvait être empêchée par décision de justice. C'est précisément pour résoudre ce dilemme que la loi dit à l'exploitant : « Ce que vous voulez faire n'est pas interdit, et nous ne pouvons donc vous en empêcher. Mais, si vous passez à l'action, soyez prêt à payer les conséquences en cas d'accident, ce que vous espérez évidemment éviter, mais qui, vous le savez, peut fort bien se produire ». (L. G. Fleming, *An Introduction to the Law of Torts*, Oxford, Clarendon Press, 1967, p. 158 et 159, cité par Goldie, *loc. cit.*, p. 187.)

55. On a déjà vu le rôle modérateur que le critère des anticipations partagées joue dans l'ébauche de plan. Peut-être le même critère peut-il servir à renforcer le fondement de l'obligation de réparer. Malgré ces vertus, il faut réfléchir à nouveau à la notion. En premier lieu, il faut dire que les anticipations sont quelque chose de moins qu'un droit : elles représentent l'espérance fondée sur la logique et sur les expériences passées que l'on obtiendra un résultat, en l'occurrence, une indemnisation. Il est indéniable que les anticipations jouent un rôle en matière juridique; dans certains cas, en effet, les tribunaux ont accordé une indemnisation ou une réparation sous une forme ou une autre sur cette base.

56. L'étude du Secrétariat sur la pratique internationale concernant le sujet contient des éléments intéressants à cet égard. On y lit par exemple :

Les auteurs de l'étude n'ont pas ignoré la difficulté qu'il y a à déterminer si un fait particulier est une « preuve » de la pratique des Etats. 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 Etats, 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 la vague, un comportement qui se perpétue peut déboucher sur la création d'une norme coutumière. Que les normes examinées ici soient ou non considérées comme faisant partie du droit coutumier, 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'Etat » et de la « juridiction interne » doivent être conciliés avec les nouvelles normes<sup>59</sup>.

Il semble donc que si le volume appréciable de la pratique examinée n'autorise pas encore à déclarer que des règles coutumières existent en la matière, il montre néanmoins qu'il peut exister des anticipations fondées ou, du moins, une tendance à la reconnaissance de telles anticipations.

57. Toutes ces précautions de langage attestent la difficulté du présent sujet. Si, après une étude aussi complète, on parvient à la conclusion qu'elle indique certaines tendances à la création d'anticipations, il ne semble pas cependant que l'on puisse exiger l'accomplissement de formalités aussi lourdes que la preuve des anticipations partagées dans un cas d'espèce. Dans certaines circonstances, ces anticipations se manifesteront facilement, par exemple quand elles seront consignées au

procès-verbal des négociations entre les parties. Dans d'autres hypothèses encore, le juge ou la partie adverse à la négociation admettra une anticipation commune de caractère régional, comme cela s'est produit, semble-t-il dans les cas évoqués plus haut d'installation de centrales nucléaires et d'une raffinerie près des frontières entre pays européens<sup>60</sup>. Cependant, en général, une telle preuve sera difficile à rapporter. Une possibilité serait de retenir certains éléments de ce que l'ébauche de plan définit comme des anticipations communes, sans qu'il faille accepter la notion dans sa totalité. Un aspect, exprimé à l'alinéa *b* du paragraphe 4 de la section 4, semble important et ne devrait pas être négligé : il concerne l'existence de normes communes, législatives ou autres. Peut-être la clef se trouve-t-elle ici dans les principes du droit interne, qu'ils soient exprimés dans la loi ou dans la jurisprudence des tribunaux. Il paraît en effet hautement injuste qu'un Etat, sur le territoire ou sous le contrôle duquel l'activité en question a lieu, prévienne l'obligation d'indemniser si le sinistre se produit sur son territoire et refuse de réparer au motif que le préjudice est causé à un autre territoire. Il ne semble pas non plus très logique que l'Etat affecté, qui ne prévoit pas d'indemnisation dans son droit interne pour de semblables événements, réclame réparation quand le dommage prend origine dans un Etat voisin. Des dispositions expresses ne seraient donc pas exigées dans ce cas, car cela obligerait à entrer dans les complexités de l'interprétation d'un droit interne étranger; il suffirait qu'existent les principes imposant une réparation. Le projet aurait peut-être ainsi une application suffisamment large, attendu que le droit interne de la majeure partie des Etats qui constituent la communauté internationale contient de tels principes<sup>61</sup>.

58. Néanmoins, il ne serait pas conforme à la nature du mécanisme d'indemnisation des dommages de faire peser sur l'Etat affecté la charge de la preuve de l'existence de tels principes. La solution pourrait donc être celle de l'exception : l'Etat d'origine pourrait s'exonérer de l'obligation d'indemniser, s'il établissait que les principes pertinents n'existent ni dans son droit interne ni dans celui de l'Etat affecté. On pourrait aussi admettre en tant qu'exception l'existence d'une pratique régionale, selon laquelle aucune indemnisation n'est due dans un cas analogue, ou encore l'existence chez l'Etat affecté de la pratique selon laquelle il n'y a pas d'indemnisation dans une situation similaire. Il faut insister sur le caractère régional ou individuel de cette sorte d'antici-

<sup>60</sup> Voir *supra* note 40 *d*.

<sup>61</sup> L'étude de M. H. Arsanjani, intitulée « No-fault liability from the perspective of the general principles of law » (à paraître), est intéressante à cet égard. L'auteur y montre que les principes de la responsabilité pour risque, sous leurs diverses appellations et formes, sont acceptés par un grand nombre de pays, au point que l'auteur considère qu'existent les conditions nécessaires pour en faire un principe général du droit, au sens de l'Article 38 du Statut de la CIJ :

« En tant que notion juridique, la responsabilité objective est maintenant acceptée dans la plupart des systèmes juridiques, et notamment dans ceux des pays techniquement avancés, où les règles en matière de quasi-délit sont plus complexes. [...] Il apparaît cependant que la responsabilité objective est un principe commun à un nombre appréciable de pays appartenant à différents systèmes juridiques, qui se trouvent être particulièrement confrontés à des activités entrant dans le cadre de ce principe. Même si les Etats diffèrent sur l'application concrète du principe, l'interprétation et la formulation qu'ils en donnent sont essentiellement identiques. »

De ces éléments, Goldie conclut que les dommages causés par certaines activités, comme celles qui sont examinées ici, devraient être réputés causés sans faute, mais considérés comme provoquant nécessairement une expropriation indemnisable de certains droits — qu'il nomme *amenities*, tels que le droit de chacun à une eau pure et une atmosphère propre — et comme une atteinte à la sécurité personnelle, quand certains dommages sont la conséquence du caractère licite de l'activité (*loc. cit.*, p. 189). L'absence d'indemnisation de cette expropriation provoquerait un enrichissement sans cause (*unjust enrichment*). En droit interne, ces *amenities* devraient être considérées à la fois comme un droit personnel et comme un droit réel (*both a personal and a property right*). « En droit international, les analogies avec l'une et l'autre de ces catégories devraient être admises et développées du point de vue de l'intégrité territoriale des Etats [...] et de leur droit souverain de jouir de leurs ressources naturelles. » (*Ibid.*, p. 193.)

<sup>59</sup> *Annuaire... 1985*, vol. II (1<sup>re</sup> partie)/Add.1, doc. A/CN.4/384, par. 10.



pation négative, car c'est une exception qui doit être claire, ce qui ne serait pas le cas si l'on envisage la situation générale.

59. Certaines conventions prévoient des exceptions pour des cas déterminés de force majeure ou fortuits (ni tous les cas de force majeure, ni tous les cas fortuits). Comme on l'a déjà vu (*supra* par. 49), les exceptions dans la Convention de Paris de 1960 sur la responsabilité civile en matière d'énergie nucléaire, telle que modifiée par son Protocole additionnel de 1964, sont très limitées. La Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures<sup>62</sup> admet, au paragraphe 2, al. a, de son article III, les mêmes causes d'exonération, à savoir que le dommage par pollution « résulte d'un acte de guerre, d'hostilité, d'une guerre civile, d'une insurrection ou d'un phénomène naturel de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible ». Au paragraphe 2, al. a, de son article 4, la Convention internationale de 1971 portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures<sup>63</sup> prévoit en faveur du Fonds une exonération similaire, mais en la bornant aux actes de guerre, hostilités, guerres civiles ou insurrections. De son côté, le projet de convention sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de certaines substances dangereuses<sup>64</sup> retient entre autres motifs, au paragraphe 2, al. a, de son article 3, les « acte de guerre, hostilités, guerre civile et insurrection, ou un phénomène naturel de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible ».

60. On peut envisager comme autres exceptions la négligence de la victime et le fait des tiers avec l'intention de nuire, d'ailleurs reconnus dans diverses conventions internationales<sup>65</sup> et dans le droit interne de nombreux pays.

61. Ces exceptions, qui atténuent le jeu de la responsabilité objective, pourraient ne pas s'appliquer si l'Etat d'origine avait adopté un comportement incompatible avec ses obligations d'informer ou de négocier, dès lors que, s'agissant de la première obligation, il connaissait, ou aurait dû connaître le caractère dangereux de l'activité considérée. Il faudrait faire intervenir à ce sujet la latitude d'appréciation de la preuve mentionnée précédemment à propos de l'affaire du *Détroit de Corfou* (voir par. 36). Ce serait un moyen d'inciter les Etats à respecter les obligations mentionnées, et il paraît juste, en outre, que celui qui manifeste un désintérêt si flagrant à l'égard des droits ou intérêts du voisin ne puisse se réfugier ensuite derrière des exceptions.

62. Comme on l'a vu précédemment, la question de la prévention a occupé une place centrale dans les débats sur le présent sujet, lesquels ont montré en particulier que, de l'avis de la majorité, le souci de prévention devait être retenu parmi les éléments essentiels du projet<sup>66</sup>. Dans ce domaine de la prévention, comme

dans l'ensemble du sujet, l'équilibre des intérêts intervient comme un étalon important des obligations. Lorsque les pays engagent des négociations, qui aboutissent finalement à l'établissement d'un régime pour une activité à risque, le rôle du projet schématisé dans l'ébauche de plan ne peut être que de fournir des orientations générales pour le traité qui sera finalement signé. Là n'est donc pas le problème qui doit retenir l'attention, si ce n'est en relation avec les activités dangereuses au sujet desquelles aucun accord n'est intervenu entre les parties.

63. L'obligation mentionnée à la fin du paragraphe 8 de la section 2 et du paragraphe 4 de la section 3 de l'ébauche de plan est une obligation de diligence due qui repose, en cas de survenance d'un dommage, sur des critères qui sont fonction de l'état des techniques de prévention du dommage considéré, sur la proportionnalité entre les précautions exigibles compte tenu du danger que crée l'activité et attendu que, si le dommage virtuel se produit effectivement, il devra être indemnisé selon les modalités prévues dans l'ébauche de plan. Pour parvenir au résultat recherché, qui est d'éviter le dommage ou d'en effacer autant que possible les conséquences, il y aurait la possibilité théorique de combiner un régime de responsabilité pour faits illicites avec un régime de responsabilité pour risque, afin d'obtenir un régime semblable à celui établi par le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*<sup>67</sup>. Ce régime fixe un ensemble de procédures que l'entrepreneur doit suivre pour réduire la pollution au niveau acceptable le plus bas possible compte tenu de l'état actuel de la technique et eu égard aussi aux exigences de la rentabilité de l'entreprise. Dans l'hypothèse où le niveau de pollution recherché et généralement obtenu augmenterait au point de dépasser les limites fixées, une enquête aurait lieu, et si cette dernière révélait que les procédures n'avaient pas été respectées, le comportement de l'Etat canadien pourrait être considéré comme illicite au cas où, par exemple, il aurait manqué à ses devoirs de contrôle sur les activités de la fonderie. Il semble que, dans l'exemple cité, même s'il ne se produit pas de dommages substantiels, on se trouve en présence d'obligations de comportement à la charge du Gouvernement canadien du type de celles qui sont définies à l'article 20 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, comme suit :

*Article 20. — Violation d'une obligation internationale requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé*

Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé lorsque le comportement de cet Etat n'est pas conforme à celui requis de lui par cette obligation<sup>68</sup>.

Le régime de la responsabilité pour risque coexiste avec ce régime de responsabilité des Etats dès lors que, malgré le respect de toutes les procédures prévues, le dommage se produit par ce que l'on pourrait considérer comme un accident, et il faut alors aussi réparer le dommage causé.

<sup>62</sup> Voir *supra* note 54.

<sup>63</sup> Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1110, p. 57.

<sup>64</sup> Voir *supra* note 55.

<sup>65</sup> Voir l'étude du Secrétariat sur la pratique des Etats, doc. A/CN.4/384 (v. *supra* n. 40 *d in fine*), par. 484 à 507.

<sup>66</sup> Voir *supra* note 13.

<sup>67</sup> Voir *supra* note 34.

<sup>68</sup> *Annuaire... 1980*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 31.

64. L'obligation de diligence due paraît avoir ici un autre caractère : elle serait dépendante de la survenance du dommage. Si ce dernier se produit, c'est alors seulement qu'entrent en jeu les conséquences de sa violation, et elles le font dans le cadre du régime de la responsabilité pour risque, se muant en une nouvelle obligation d'indemniser, dont la portée est modifiée (élargie) par l'effet des obligations inexécutées. Ce ne serait pas des obligations autonomes, comme les obligations de comportement, dont l'inexécution suffit à faire naître l'illicéité, mais des obligations subordonnées au régime de la responsabilité pour risque et dont le fonctionnement dépend de la même condition que l'application de ce dernier : la réalisation du dommage. Peut-être pourrait-on faire une comparaison avec les obligations de prévenir un événement donné, décrites à l'article 23 ci-après de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats :

*Article 23. — Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné*

Lorsque le résultat requis d'un Etat par une obligation internationale est de prévenir, par un moyen de son choix, la survenance d'un événement donné, il n'y a violation de cette obligation que si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas ce résultat<sup>69</sup>.

Les procédures et précautions appliquées sont du ressort exclusif de l'Etat soumis à l'obligation, et ce n'est que si l'événement qu'il s'agissait d'éviter se produit néanmoins que l'on comparera les méthodes préventives adoptées à celles qui auraient dû être adoptées selon les règles de l'art.

65. La différence notable entre la prévention quand il y a obligation d'éviter un événement déterminé et la prévention dans le cadre d'un régime de responsabilité pour risque est que, dans le premier cas, l'Etat qui a appliqué des moyens raisonnables pour éviter le résultat<sup>70</sup> peut être exonéré des conséquences adverses, tandis qu'en régime de responsabilité pour risque l'indemnisation a toujours lieu, étant entendu que son quantum dépend de

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> Au paragraphe 6 du commentaire de l'article 23 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, la Commission déclare :

« La survenance de l'événement [le préjudice, en l'occurrence] ne constitue toutefois pas la seule condition spécifiquement requise pour qu'il y ait violation d'une obligation internationale exigeant de l'Etat qu'il assure le résultat consistant à prévenir la survenance d'un tel événement. En assumant des obligations de cette espèce, les Etats ne souscrivent pas une sorte d'assurance, au profit des Etats cocontractants, contre la survenance, quelles qu'en soient les conditions, d'événements du genre prévu — c'est-à-dire même en dehors de toute possibilité matérielle pour eux d'empêcher que, dans un cas d'espèce donné, l'événement se produise. L'Etat ne peut évidemment être tenu qu'à s'opposer par son action à l'éventualité d'un tel événement — qu'à faire échec, pour autant que cela dépende de lui, à la survenance de cet événement. C'est alors que ce dernier a pu se produire du fait que l'Etat n'a pas su le prévenir par son comportement, et alors qu'il ressort que par un comportement différent il aurait pu l'éviter, que l'on peut conclure à ce que le résultat requis par l'obligation n'a pas été assuré [...] Il n'est guère besoin d'ajouter que c'est aussi à la lumière de l'objet de chaque obligation et du caractère plus ou moins essentiel de la prévention de tel ou tel type d'événement que devra se faire, une fois que l'événement à prévenir se sera produit, la comparaison entre le comportement effectivement adopté par l'Etat et celui qu'en l'occurrence on aurait pu raisonnablement s'attendre qu'il adopte pour éviter la survenance de l'événement. » [Annuaire... 1978, vol. II (2<sup>e</sup> partie), p. 93.]

tous les facteurs mentionnés précédemment, y compris les exceptions. On peut donc dire que, dans un tel régime, les obligations ne sont pas autonomes et dépendent de ce qui conditionne la réparation (c'est-à-dire la survenance du dommage) et que, en tout cas, un tel régime a pour effet d'aggraver la situation de l'Etat auteur quant à la forme et quant au fond. En effet, entre les obligations d'empêcher un événement donné et les obligations de réparer, qui apparaissent dans un régime de responsabilité pour risque, même s'il ne s'agit pas d'un régime vraiment pur dans le cas de l'ébauche de plan, il y a la même différence qu'entre les obligations secondaires et les obligations primaires. Dans le premier cas, la survenance de l'événement qu'il faut éviter provoque finalement l'illicéité du comportement de l'Etat (du moins si les mesures prises pour prévenir l'événement n'ont pas été raisonnables ou ont été prévisiblement insuffisantes), tandis que, dans l'autre cas, il n'y a pas illicéité, mais exécution d'une obligation dont la formulation même englobe la réparation.

66. On en vient donc à conclure que l'obligation, énoncée à la fin du paragraphe 8 de la section 2 et du paragraphe 4 de la section 3, fait partie d'un régime de prévention, dont les effets ne se produisent qu'après la survenance du dommage et consistent principalement à aggraver la situation de l'Etat auteur quant à la forme et quant au fond. Mais que devient l'obligation d'informer (sect. 2, par. 1 et 2) et de négocier au sujet d'un régime (sect. 3, par. 1) ? S'agit-il d'une véritable obligation de prévention ? Il semble que c'en soit une en partie. Avertir l'Etat qui risque d'être affecté et l'informer de l'activité qui va être entreprise, de sa nature et de ses effets préjudiciables éventuels, tout cela contribuera à éviter ou à atténuer les dommages grâce aux précautions unilatérales que cet Etat peut prendre. Cependant, le but immédiat de cette obligation est d'amener les parties à établir un régime, où seront fixés leurs droits et obligations par rapport à l'activité considérée, un régime qui prendra en considération l'équilibre des intérêts, les obligations de prévention unilatérales et de coordination des comportements des deux Etats en vue de la prévention et de la réparation. Bien que la prévention soit donc une préoccupation majeure dans ces régimes, elle n'est cependant pas la seule. C'est là, semble-t-il, la principale différence entre cette forme de prévention et celle qui a été étudiée précédemment et qui consiste en mesures unilatérales à la charge de l'Etat auteur pour contrôler l'activité et tenir compte des intérêts des victimes éventuelles.

67. Cette caractéristique donne-t-elle une autonomie propre aux obligations qui sont examinées ? En d'autres termes, faut-il attendre la survenance du dommage pour qu'elles entrent en jeu, comme dans le cas précédent ? C'est là une question capitale, car il est évident que, s'il en va ainsi, les comportements incompatibles avec ces obligations seront illicites, et il faudra donc voir s'il convient de les inclure dans l'étude du sujet. Le Rapporteur spécial estime que les obligations d'informer et de négocier sont suffisamment établies en droit international pour que leur violation engendre l'illicéité. Tout bien considéré, cependant, cela ne signifie pas qu'elles ne peuvent pas figurer dans le projet.

68. On a examiné, au début du présent rapport (chap. I<sup>er</sup>, sect. A), la portée du terme « responsabilité » en ce qui concerne les devoirs incombant à certaines personnes. Il est donc clair que les devoirs d'informer et de négocier font partie de la responsabilité internationale pour des activités qui ne sont pas interdites. On en revient ainsi aux difficultés soulevées par l'intitulé du sujet et à la distinction entre « actes » et « activités ». Le Rapporteur spécial pense, comme il l'a déjà dit (par. 29), que la version française est la bonne et que c'est elle qui donne au sujet sa portée véritable. Selon le mandat défini par l'Assemblée générale, la Commission doit traiter des conséquences préjudiciables découlant d'activités non interdites par le droit international. Les activités se manifestent par des comportements complexes et variés, qui s'imbriquent et finissent par se confondre. L'activité occasionne une quantité innombrable d'actes particuliers qui lui sont intimement liés, et il peut y avoir parmi eux quelques actes illicites qui ne rendent pas pour autant l'activité illicite. Rien n'empêche donc la Commission, alors qu'elle cherche à établir un régime de la responsabilité pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites, de se préoccuper aussi d'activités qui en sont inséparables et qui sont illicites parce qu'incompatibles avec des obliga-

tions établies (en l'espèce, les obligations d'informer et de négocier). Telle est donc la portée du mandat qui est confié à la Commission, et elle ne l'outrépassera pas en faisant entrer aussi dans un régime conventionnel les obligations « envers » un régime, dont la violation fait naître l'illicéité.

69. Quant aux principes, l'analyse critique de l'ébauche de plan montre que celle-ci s'en est apparemment inspirée, et que les principes fondamentaux et nécessaires à l'étude du sujet sont exprimés correctement dans leurs grandes lignes à la section 5. Certains doutes demeurent néanmoins à propos d'aspects plus précis, qui s'affirmeront progressivement à mesure que les travaux avanceront et que l'on tentera de mettre les notions énoncées dans ladite section sous forme d'articles. Dans cette tâche, qui est la prochaine étape de son étude, le Rapporteur spécial espère pouvoir s'appuyer sur ces textes qui donnent les orientations générales, en s'assurant toutefois de leur viabilité à l'intérieur de l'édifice normatif qui sera créé, sans jamais perdre de vue la pratique des Etats. Le Rapporteur spécial croit que telle est la meilleure manière d'arriver à une formulation définitive des principes applicables au sujet.