Document:-
A/CN.4/405 and Corr.1& 2

Troisième 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:-
1987,vol. II(1

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

Copyright © Nations Unies

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

[Point 7 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/405*

Troisième 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

[Original : espagnol]
[16 mars 1987]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
CHAMP D'APPLICATION ET DISPOSITIONS CONNEXES DU PROJET D'ARTICLES	1-75	49
Sections		
I. INTRODUCTION	1-6	49
A. Rapports et débats antérieurs	1-3	49
B. Les articles proposés	4-6	50
II. L'ARTICLE PREMIER	7-43	51
A. Les activités	7-23	51
B. Les situations	24-30	53
C. Les comportements exempts d'illicéité	31-36	54
D. Les trois limitations ou critères	37-43	54
III. L'ARTICLE 2	44-60	55
A. Territoire et contrôle	44-53	55
B. Le dommage	54-60	56
IV. LES ARTICLES 3 À 6	61-75	57
A. L'article 3	61-64	57
B. L'article 4	65-70	57
C. Les articles 5 et 6	71	58
D. Les organisations internationales	72-75	58

* Incorporant le document A/CN.4/405/Corr.2.

Champ d'application et dispositions connexes du projet d'articles

I. — INTRODUCTION

A. — Rapports et débats antérieurs

1. Le débat que la Commission du droit international a consacré, à sa précédente session, au rapport préliminaire[1] et au deuxième rapport du Rapporteur spécial[2] a été notoirement insuffisant. Le manque de temps et les autres priorités établies pour ses travaux ne lui ont pas permis d'étudier normalement ces documents. Durant les quelques séances réservées à l'examen du sujet[3], tous les membres de la Commission n'ont pas pu participer à la discussion, et plusieurs d'entre eux ont relevé publiquement ces circonstances et exprimé leur déception. Il ne faut pas oublier non plus que la composition nouvelle de la Commission diffère sensiblement de la précédente et que les nouveaux membres voudront certainement avoir la possibilité d'intervenir sur le sujet.

[1] *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 97, doc. A/CN.4/394.

[2] *Annuaire... 1986*, vol. II (1re partie), p. 149, doc. A/CN.4/402.

[3] *Annuaire... 1986*, vol. I, p. 207 et suiv., 1972e à 1976e séances.

2. Le présent rapport comprend le texte de six articles qui se fondent, dans l'ensemble, sur les cinq projets soumis par le précédent Rapporteur spécial, R. Q. Quentin-Baxter. Ces dispositions contiennent les notions fondamentales de la matière à l'examen, dont quelques-unes ont fait l'objet de débats tant à la CDI qu'à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. L'analyse de ces débats montre que la discussion sur le projet d'articles n'a pas non plus été exhaustive, tant s'en faut, car aussi bien à la CDI qu'à la Sixième Commission l'attention s'est concentrée surtout sur diverses questions d'ordre général dont l'examen restait encore en suspens.

3. Pour ces motifs, le Rapporteur spécial croit souhaitable que la Commission rouvre à sa trente-neuvième session le débat sur les deux premiers rapports afin de donner aux membres qui le souhaiteraient la possibilité d'intervenir, et qu'elle examine en même temps le présent rapport avec les six projets d'articles qu'il contient.

B. — Les articles proposés

4. C'est en se fondant sur les cinq projets d'articles contenus dans le cinquième rapport du précédent Rapporteur spécial[4], mais auxquels il a apporté des modifications, compte tenu des débats sur le sujet à la CDI et à la Sixième Commission, que le Rapporteur spécial propose les dispositions ci-après. Il propose d'appeler « texte initial » celui qui figure dans le cinquième rapport de son prédécesseur et « texte révisé » celui qui figure dans le présent rapport.

5. Pour bien comprendre les développements qui suivent, il faut avoir lu le cinquième rapport susmentionné, ainsi que les comptes rendus analytiques des séances que la CDI a consacrées à l'examen de ce rapport, à sa trente-sixième session[5], le rapport de la CDI sur cette même session[6] et le résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission sur le sujet durant la trente-neuvième session de l'Assemblée générale[7].

6. Les articles proposés sont les suivants :

Article premier. — Champ d'application des présents articles

Les présents articles s'appliquent aux activités ou aux situations qui se produisent sur le territoire ou sous le contrôle d'un Etat et qui créent ou peuvent créer une conséquence physique affectant négativement des personnes ou des choses, de même que l'usage ou la jouissance de zones, situées sur le territoire ou sous le contrôle d'un autre Etat.

Article 2. — Expressions employées

Aux fins des présents articles,

1. Le terme « situation » désigne la situation qui se produit par suite d'une activité humaine et qui donne ou peut donner lieu à un dommage transfrontière;

---

[4] Pour plus de commodité et une meilleure compréhension du présent rapport, les cinq projets d'articles soumis par R. Q. Quentin-Baxter dans son cinquième rapport [*Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie), p. 161, doc. A/CN.4/383 et Add.1, par. 1] sont reproduits ci-après.

« CHAPITRE PREMIER

« DISPOSITIONS GÉNÉRALES

« *Article premier. — Champ d'application des présents articles*

« Les présents articles s'appliquent aux activités et situations qui se produisent sur le territoire d'un Etat ou sous son contrôle, et dont découle ou peut découler une conséquence matérielle affectant l'utilisation ou la jouissance de zones se trouvant sur le territoire ou sous le contrôle d'un autre Etat.

« *Article 2. — Expressions employées*

« Dans les présents articles,

« 1. L'expression « sur le territoire ou sous le contrôle »

« *a*) en ce qui concerne un Etat côtier : englobe les zones maritimes dans la mesure où le régime juridique d'une zone maritime confère juridiction à cet Etat en quelque matière que ce soit;

« *b*) en ce qui concerne l'Etat d'immatriculation, ou l'Etat du pavillon, de tout navire, aéronef ou objet spatial : englobe les navires, aéronefs et objets spatiaux de cet Etat pendant qu'ils exercent un droit de passage ou de survol continus à travers le territoire maritime ou l'espace aérien d'un autre Etat; et

« *c*) en ce qui concerne l'utilisation ou la jouissance de toute zone au-delà des limites de la juridiction nationale : englobe toute matière à l'égard de laquelle un droit est exercé ou un intérêt revendiqué;

« 2. L'expression « Etat d'origine » s'entend d'un Etat sur le territoire duquel ou sous le contrôle duquel une activité ou une situation se produit;

« 3. L'expression « Etat affecté » s'entend d'un Etat sur le territoire duquel ou sous le contrôle duquel l'utilisation ou la jouissance d'une zone est ou peut être affecté;

« 4. L'expression « effets transfrontières » s'entend des effets qui sont la conséquence matérielle d'une activité ou d'une situation qui se produit sur le territoire ou sous le contrôle d'un Etat d'origine, et qui affectent l'utilisation ou la jouissance de toute zone se trouvant sur le territoire ou sous le contrôle d'un Etat affecté;

« 5. L'expression « perte ou préjudice transfrontière » s'entend des effets transfrontières constituant une perte ou un préjudice.

« *Article 3. — Relations entre les présents articles et d'autres accords internationaux*

« Dans la mesure où des activités ou situations entrant dans le champ d'application des présents articles sont régies par tout autre accord international, qu'il soit entré en vigueur avant ou après l'entrée en vigueur desdits articles, ceux-ci s'appliquent, dans les relations entre les Etats parties à cet autre accord international, sous réserve des dispositions de cet autre accord international.

« *Article 4. — Absence d'effets sur d'autres règles du droit international*

« Le fait que les présents articles ne précisent pas les circonstances dans lesquelles une perte ou un préjudice transfrontière découle d'un acte ou d'une omission dommageable de l'Etat d'origine est sans préjudice de l'application de toute autre règle du droit international.

« *Article 5. — Cas qui n'entrent pas dans le champ d'application des présents articles*

« Le fait que les présents articles ne s'appliquent pas aux obligations et droits des organisations internationales, pour les activités ou situations qui sont sous leur contrôle ou qui affectent l'utilisation ou la jouissance de zones dans lesquelles elles peuvent exercer un droit ou revendiquer un intérêt quels qu'ils soient, n'affecte pas :

« *a*) l'application aux organisations internationales de toute règle qui est énoncée dans les présents articles en ce qui concerne les Etats d'origine ou les Etats affectés et à laquelle les organisations internationales sont soumises en vertu du droit international indépendamment des présents articles;

« *b*) l'application des présents articles aux relations des Etats entre eux. »

[5] *Annuaire... 1984*, vol. I, p. 203 et suiv., 1848e à 1853e séances.

[6] *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 76 et suiv., par. 221 à 257.

[7] Doc. A/CN.4/L.382, sect. E.

2. L'expression « sur le territoire ou sous le contrôle »,

***a*) dans le cas d'un Etat côtier, englobe les zones maritimes dont le régime juridique donne juridiction à cet Etat à l'égard d'une matière quelconque;**

***b*) dans le cas de l'Etat du pavillon ou d'immatriculation ou d'enregistrement d'un navire, aéronef ou objet spatial, respectivement, englobe les navires, aéronefs et objets spatiaux de cet Etat quand ils exercent les droits de passage ou de survol dans les espaces maritimes ou aériens qui constituent le territoire ou sont sous le contrôle d'un autre Etat;**

***c*) s'applique au-delà des limites des juridictions nationales avec les mêmes effets que précédemment pour englober toute matière en rapport avec laquelle un droit est exercé ou un intérêt revendiqué;**

3. L'expression « Etat d'origine » désigne l'Etat sur le territoire ou sous le contrôle duquel se produit une activité ou une situation visée à l'article premier;

4. L'expression « Etat affecté » désigne l'Etat sur le territoire ou sous le contrôle duquel des personnes ou des choses ou l'usage ou la jouissance de zones sont ou peuvent être affectés;

5. L'expression « effets transfrontières » désigne les effets qui sont la conséquence physique d'une activité ou d'une situation qui se produit sur le territoire ou sous le contrôle de l'Etat d'origine et qui affectent des personnes ou des choses ou l'usage ou la jouissance d'une zone sur le territoire ou sous le contrôle de l'Etat affecté;

6. L'expression « dommage transfrontière » désigne les effets visés au paragraphe 5 qui constituent un tel dommage.

Article 3. — Différents cas d'effets transfrontières

La condition de l'article premier est remplie même si :

***a*) L'Etat d'origine et l'Etat affecté n'ont pas de frontières communes;**

***b*) L'activité menée sur le territoire ou sous le contrôle de l'Etat d'origine produit des effets dans des zones situées au-delà des limites des juridictions nationales, dès lors que ces effets ont eux-mêmes des répercussions préjudiciables à des personnes ou des choses, ou à l'usage ou à la jouissance de zones situées sur le territoire ou sous le contrôle de l'Etat affecté.**

Article 4. — Responsabilité

L'Etat d'origine est tenu des obligations que lui imposent les présents articles, dès lors qu'il sait ou possède les moyens de savoir que l'activité susmentionnée a lieu sur son territoire ou dans les zones sous son contrôle et qu'elle crée un risque appréciable de causer un dommage transfrontière.

Article 5. — Relations entre les présents articles et d'autres accords internationaux

Si les Etats parties aux présents articles sont aussi parties à un autre accord international relatif à des activités ou des situations qui entrent dans le champ d'application des présents articles, ces derniers s'appliquent entre lesdits Etats sans préjudice des dispositions de l'autre accord international.

Article 6. — Absence d'effets sur les autres règles du droit international

Le fait que les présents articles ne précisent pas les circonstances dans lesquelles un dommage transfrontière découle d'un acte ou d'une omission illicite de l'Etat d'origine est sans préjudice de l'application de toute autre règle du droit international.

II. — L'ARTICLE PREMIER

A. — Les activités

7. Il convient de réexaminer, à partir de l'article 1er présenté ci-dessus, les activités qui seraient comprises dans le champ d'application du projet d'articles, et de voir si le terme « situation », avec la portée proposée dans le texte initial, est un terme acceptable.

8. Les activités caractéristiques du sujet sont les activités « dangereuses ». Il faut approfondir quelque peu cette notion car, comme l'a signalé un membre de la Commission : « Si l'on part de l'hypothèse que toute activité humaine a des conséquences néfastes, la section 1 [de l'ébauche de plan] n'apporte rien à l'étude du problème, car le champ d'application est alors trop vaste[8]. » Si l'on veut dire par là que toutes les activités humaines comportent une certaine forme de danger, en ce sens que nul ne peut être totalement sûr que l'activité la plus ordinaire ne puisse, dans certaines circonstances et à un certain moment, causer des dommages à des tiers, on peut affirmer que l'observation rapportée plus haut est correcte.

9. Il faut donc trouver une définition qui cerne de plus près l'objet de l'étude. Une première réflexion dans cette voie est que, bien que ce qui est à prendre en considération s'applique à la fois au dommage qui peut se produire à l'intérieur d'un pays et au dommage transfrontière, il faut, pour qu'apparaisse ce dernier type de dommage, un effet encore plus puissant que dans le premier cas. Il s'agit donc d'un type de situation qui, en principe, produirait un effet à des distances passablement plus grandes.

10. Ensuite, il est clair aussi que la notion de danger n'est pas absolue, mais relative. Le danger variera, par exemple, selon la localisation géographique de l'activité considérée : à l'intérieur d'un pays ayant un vaste territoire, il ne sera pas le même que dans un pays plus petit, ou si l'activité a lieu près de la frontière ou sur un fleuve international ou dans une région à vents constants ou à vents prédominants dans une certaine direction. Le Rapporteur spécial rappelle, à ce sujet, le cas, cité dans son deuxième rapport, de la raffinerie située en territoire belge à proximité de la frontière néerlandaise[9]. Il

[8] *Annuaire... 1986*, vol. I, p. 211, 1973e séance, par. 4 (M. Ouchakov).

[9] Doc. A/CN.4/402 (v. *supra* n. 2), note 40, *d*.

paraît clair que, si l'emplacement avait été davantage à l'intérieur du pays, il n'y aurait eu aucune réclamation.

11. En toute hypothèse, il n'est généralement pas difficile d'apprécier à première vue les risques créés par certaines activités nouvelles ou certaines modifications d'activités existantes. Cependant, il est concrètement impossible de quantifier le risque de telle manière que l'emploi d'une simple grille permette de classer une activité parmi les activités dangereuses.

12. Une première conclusion est que, pour qu'une activité soit considérée comme dangereuse, le risque doit nécessairement être appréciable. Sans cela, les mécanismes de prévention, essentiels en la matière, pourraient difficilement entrer en jeu.

13. Cependant, la prévisibilité peut être d'ordre général, c'est-à-dire ne pas concerner des cas spécifiques, mais des cas génériquement prévisibles, comme, lorsqu'en raison des instruments ou des matières utilisés, il est possible de prévenir que, quel que soit le soin apporté à leur emploi, des sinistres se produiront statistiquement. Dans le cas du transport du pétrole par mer, par exemple, l'expérience montre que, quelles que soient les précautions prises, des sinistres ont lieu et auront lieu sous la forme d'importantes marées noires, et cela en raison de l'emploi d'énormes navires citernes qui offrent, par ailleurs, d'autres avantages. Le risque ainsi créé est appréciable, bien que l'on ne puisse prévoir s'il se produira au cours de tel ou tel voyage ou sera causé par tel ou tel navire-citerne.

14. Naturellement, les projets d'articles seraient applicables même en cas de risque non génériquement prévisible, si l'étendue du risque est connue de l'Etat d'origine. Une activité qui ne paraît pas dangereuse à première vue révèle ses risques *a posteriori*. Il est évident que commencent alors à s'appliquer à l'égard de l'Etat concerné les obligations et procédures prévues dans les projets d'articles. Tel serait le cas, déjà cité, si un pesticide utilisé en agriculture se révélait être, après un emploi plus ou moins prolongé, préjudiciable à l'usage ou à la jouissance de zones transfrontières.

15. En ce qui concerne la réparation du dommage causé en l'absence d'un régime conventionnel, il semble nécessaire aussi, pour les mêmes motifs, d'imposer la condition de la prévisibilité générique du risque. En effet, comme on l'a vu dans le deuxième rapport[10], il existe de solides raisons à la base même de la responsabilité pour risque : il est juste et logique que celui qui tire le principal avantage de l'entreprise ou de l'activité dangereuse doive en supporter les coûts et ne pas en imposer la charge aux tiers. Dans la mesure où le dommage rompt l'équilibre des droits et intérêts qui doit exister entre les Etats, il se produirait un enrichissement sans cause et, ce qui est plus grave, une violation au plan international du principe fondamental de l'égalité juridique des Etats.

16. En revanche, si une activité n'est pas de nature à justifier l'anticipation d'un risque et si, pour des raisons qui lui sont étrangères, un dommage exceptionnel se produit néanmoins, il se présenterait alors un choix qui ne relève pas du sujet à l'examen, celui de décider à qui il incombe de supporter le dommage, alors que la victime comme l'auteur sont entièrement innocents, même du « péché originel » d'avoir créé le risque générique. Mettre directement le risque à la charge de l'Etat d'origine reviendrait à appliquer une notion de responsabilité absolue, qui est difficile à admettre dans l'état actuel du développement du droit international, et à rompre l'équilibre en sens inverse : aucune activité nouvelle ne serait licite tant qu'elle n'aurait pas été admise par un organe international qui se prononcerait sur l'acceptabilité des risques les plus minimes qu'elle comporte par les Etats susceptibles d'être touchés.

17. Comment déterminer officiellement l'existence d'un risque du type qui vient d'être mentionné? Il est évident que, si les Etats intéressés sont d'accord à ce sujet, la question ne se pose pas, mais, dans le cas contraire, il devient indispensable de recourir au mécanisme de détermination des faits et d'évaluation de leurs conséquences prévus dans l'ébauche de plan[11]. Il n'est guère utile de préciser au sujet de ce mécanisme que l'établissement des éléments de fait de l'activité est aussi important que l'estimation du risque auquel ils donnent naissance. Tout cet ensemble forme la base du régime à établir.

18. Dans la matière à l'étude, l'opinion objective d'un tiers est le seul moyen de sortir de l'impasse mise en évidence à diverses reprises dans les débats de la CDI et de la Sixième Commission à propos du présent sujet et de celui relatif aux cours d'eau. On a affaire à un ensemble de facteurs difficiles à apprécier quantitativement. Qu'il suffise de penser à la notion même de dommage qui, comme on le verra plus précisément dans les paragraphes qui suivent, est très complexe. Il faut songer aussi aux conséquences tolérables et qui sont tolérées dans la pratique de certaines entreprises : le fameux « seuil » en deçà duquel il n'y a pas de dommages appréciables. Il s'y ajoute la qualification du risque, qui est examiné ici et qui ne manque pas de présenter des aspects subjectifs, même en cas d'accord sur les faits qui lui donnent existence.

19. Si l'on refuse l'intervention de tiers pour fixer ces éléments, aucun régime ne pourra fonctionner. En revanche, si on l'accepte, les difficultés d'appréciation qui grèvent le sujet disparaissent.

20. Dans le droit interne des Etats, la portée d'autres notions similaires a été largement délimitée par l'intervention de l'autorité judiciaire. De même, ce sont principalement les tribunaux judiciaires qui ont incorporé de nouvelles activités à la catégorie des activités « dangereuses » et les ont soumises au régime qui s'applique à elles. Il semble clair que le droit international devra être développé de manière analogue.

21. A propos de la participation des tiers dans ce domaine, il existe plusieurs possibilités, envisagées par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport[12]. Il convient donc de se reporter à ce document en observant

[10] *Ibid.*, par. 51 à 54 et notamment notes 56 à 58.

[11] Texte présenté par le précédent Rapporteur spécial dans son troisième rapport, *Annuaire... 1982*, vol. II (1re partie), p. 75, doc. A/CN.4/360, par. 53.

[12] Voir *supra* note 2.

que si l'on suit la voie indiquée dans l'ébauche de plan[13] et si l'on choisit donc de ne pas donner à l'inexécution la conséquence qu'elle pourrait avoir en droit international général, on risque de mettre l'Etat affecté en situation d'infériorité par rapport à la position qui serait la sienne dans cet ordre juridique.

22. Bien entendu, cela n'est pas la même chose que d'établir dans les projets d'articles une sanction de l'inexécution. Selon le Rapporteur spécial, cet aspect n'a pas été bien précisé dans le débat de la précédente session : il ne s'agit pas de transformer en obligation « rigide » une obligation « souple » — quel que soit en définitive le sens d'une expression aussi contradictoire —, mais simplement de la laisser telle qu'elle est dans le droit international général. Si l'on pense que l'obligation imposée traditionnellement par ce droit est « souple », il faut admettre que rien n'est modifié. Si l'on pense, au contraire, que l'obligation est « rigide », peut-être faut-il expliquer pourquoi elle se transformerait en la matière.

23. Si la raison invoquée est le souci d'améliorer le terrain de la coopération internationale, il faudrait se demander si l'obligation d'éviter de causer un dommage à un autre Etat procède réellement de la coopération internationale ou plus simplement de la justice et de l'équité. Pour le Rapporteur spécial, sa source serait dans la coopération s'il s'agissait d'éviter à l'autre Etat un dommage causé par des forces naturelles ou par un Etat tiers, mais il est très difficile d'admettre la même opinion quand le dommage peut provenir de l'Etat même qui est tenu de l'éviter.

B. — Les situations

24. L'article 1er du texte initial proposait d'inclure les « situations » dans le champ du sujet. Elles étaient définies comme « un état de choses, sur le territoire ou sous le contrôle de l'Etat d'origine, qui donne lieu ou peut donner lieu à des conséquences matérielles ayant des effets transfrontières[14] ». Les exemples cités étaient ceux de l'approche d'une nappe d'hydrocarbures, un danger causé par des crues ou des glaces flottant à la dérive et les risques créés par un incendie, un parasite ou une maladie.

25. Un premier examen permet de distinguer au moins deux types différents de situations. Les premières sont engendrées par une activité humaine, comme la construction d'une digue pour créer un lac artificiel, ou l'accumulation de matières hautement toxiques, etc. Les secondes sont des manifestations de phénomènes naturels, sans intervention humaine, tels que les incendies de forêt spontanés, les invasions de parasites, les crues, etc.,

26. L'exposé qui précède inspire les réflexions ci-après :

a) Les situations de la première catégorie entreraient sans difficulté dans le régime envisagé, puisqu'elles procèdent d'activités qui comportent un risque. Si une digue se rompt ou s'il faut en ouvrir les vannes pour éviter sa destruction et que cela cause un dommage transfrontière, il est évident que la situation créée par l'existence de la digue et du lac artificiel qu'elle retient est la conséquence directe d'une activité qui procède d'un certain usage du cours d'eau. Dès lors, il suffirait, pour ces cas, d'introduire à l'article 1er quelques mots qui les visent;

b) Il en irait différemment des situations résultant de phénomènes naturels, sans intervention humaine. Dans ces situations, la responsabilité qui pèse sur l'Etat territorial naîtrait d'un acte ou d'une omission de sa part à l'égard de l'état des choses. Ce serait le cas de l'Etat qui n'a rien fait pour éviter qu'une invasion de parasites ou qu'une épidémie survenue dans son ressort ne s'étende aux pays voisins, alors qu'il aurait pu le faire, ou celui d'une mesure interne qui, répondant à la convenance de l'Etat territorial, entraîne un inconvénient majeur pour l'Etat voisin.

27. Les deux types de situations auraient pour seul dénominateur commun le dommage ou le risque de dommage transfrontière. Mais là s'arrête la similitude. Dans un cas, l'Etat devient responsable d'une certaine manière, par suite d'activités humaines, dans l'autre, en raison de phénomènes purement naturels.

28. On a vu quelle était la justification de la responsabilité à l'égard des activités humaines (qu'elles soient le fait de l'Etat ou de particuliers agissant sur son territoire) : l'enrichissement sans cause, la rupture de l'équilibre des droits ou intérêts et donc de l'égalité juridique des Etats.

29. Cela ne peut pas s'appliquer à la seconde catégorie de situations. L'Etat territorial ne tire pas avantage d'un incendie de forêt ni d'une épidémie. En revanche, il peut adopter en leur présence une attitude fautive, caractéristique de la responsabilité pour fait illicite. (Il convient de rappeler que, bien que la faute, même *lato sensu*, n'apparaisse pas dans le domaine de la responsabilité des Etats, il est évident qu'elle joue néanmoins un certain rôle dans la première partie du projet d'articles sur ce sujet[15].

30. Il semble raisonnable aussi qu'en cas de survenance d'un dommage transfrontière l'Etat puisse s'exonérer de sa responsabilité éventuelle en démontrant qu'il a employé tous les moyens à sa disposition pour l'éviter (obligations d'empêcher un résultat). Cette considération est importante et doit être présente tout au long de l'étude du sujet. Le Rapporteur spécial appelle à cet égard l'attention sur les passages de son deuxième rapport où la distinction est faite entre les obligations de prévention en matière de responsabilité pour risque et les obligations d'empêcher un résultat[16]. Bien que dans le premier cas, comme dans le second, il n'y ait inexécution que si le dommage se réalise, les conséquences sont uniquement une aggravation de la situation de l'Etat d'origine du point de vue de la réparation due.

---

[13] Voir sect. 2, par. 8 (première phrase), et sect. 3, par. 4 (première phrase), de l'ébauche de plan.

[14] Voir le cinquième rapport du précédent Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/383 et Add.1 (v. *supra* n. 4), par. 31.

[15] Voir *infra* note 18.

[16] Doc. A/CN.4/402 (v. *supra* n. 2), par. 64 à 66.

C. — Les comportements exempts d'illicéité

31. Le Rapporteur spécial a déjà abordé dans son deuxième rapport[17] la question des comportements des Etats qui sont exempts d'illicéité en vertu des causes d'exonération prévues aux articles 29, 31, 32 et 33 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats[18].

32. En réalité, l'article 35 du projet d'articles précité énonce une réserve. Il y est dit :

Article 35. — Réserve relative à l'indemnisation des dommages

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 propos de l'indemnisation des dommages causés par ce fait.

Cette réserve laisse simplement ouverte la possibilité d'appliquer d'autres règles du droit international qui comporteraient des dispositions spécifiques sur l'indemnisation.

33. Un examen plus approfondi de la question indique que sont exclues de ce domaine les activités privées, c'est-à-dire celles qui ne sont pas conduites par l'Etat, que ce soit à travers l'un de ses organes ou par des personnes qui agissent en son nom ou pour son compte, conformément aux règles d'attribution de la première partie du projet. En résumé, pour que disparaisse le caractère illicite, il doit s'agir d'un fait de l'Etat.

34. Dans l'exemple souvent cité de l'avion qui pénètre en territoire étranger parce que le pilote n'a pu s'en rendre compte en raison du mauvais temps, il est évident que la règle ne s'appliquerait pas à un avion d'une compagnie aérienne privée, parce qu'il ne s'agirait pas d'un fait de l'Etat, qui pourrait être dépourvu d'illicéité.

35. Ce ne serait pas non plus le cas — si l'on veut préserver la rigueur méthodologique de l'examen du sujet — de l'organe d'un Etat, qui commettrait la même erreur dans l'exercice d'une activité dangereuse, par exemple, en pénétrant par erreur à l'intérieur des limites d'une juridiction étrangère et qui, en chemin, fortuitement et de manière imprévisible, causerait un dommage sur un territoire étranger. Il semble qu'une telle situation n'entrerait pas parmi les cas qui déclencheraient les mécanismes prévus dans le projet à l'étude.

36. Certes, il s'agit de circonstances peu fréquentes, mais, pour les mêmes raisons de rigueur méthodologique déjà évoquée, il faut signaler qu'il ne suffit pas que certains faits de l'Etat soient exempts d'illicéité pour que les dommages qui pourraient être causés relèvent du champ du projet. Cela ne revient pas à nier qu'ils doivent être réparés éventuellement, mais, s'ils le sont, ce sera en vertu d'autres règles du droit international.

D. — Les trois limitations ou critères

37. Dans son rapport sur sa trente-sixième session, la Commission déclarait ce qui suit :

239. On a fait observer que le projet d'article 1er contient trois limitations ou conditions distinctes, c'est-à-dire trois critères auxquels il doit être satisfait pour qu'une circonstance donnée puisse relever du champ d'application des articles. Il y a, en premier lieu, l'élément transfrontière : les effets ressentis sur le territoire ou sous le contrôle d'un Etat doivent avoir leur origine dans quelque chose qui a lieu sur le territoire ou sous le contrôle d'un autre Etat. Il y a, ensuite, l'élément conséquence matérielle : il doit exister un lien d'un type particulier, une conséquence qui apparaît ou peut apparaître, en raison de la nature même de l'activité ou de la situation en question, par l'effet d'une loi naturelle. Le présent sujet procède de la réunion de ces deux éléments : il doit son existence au fait que la nature ne tient pas compte des frontières politiques. [...]

240. Cependant, les deux premières limitations ne sont que des préalables nécessaires. Avant qu'entrent en jeu les principes ou règles contenus dans le présent sujet, il doit être démontré que la conséquence matérielle — selon les termes mêmes de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux* — « modifie [...] un état de choses ordonné en fonction des exigences de la vie sociale » dans un autre Etat. [...][19].

38. Le Rapporteur spécial approuve dans l'ensemble ces critères, mais croit nécessaire d'apporter un certain nombre de modifications à l'article 1er.

39. Le texte anglais emploie les termes *physical consequence*, qui, a-t-on affirmé à plusieurs reprises, expriment mieux l'intention de l'article. Cette disposition cherche apparemment à véhiculer l'idée qu'une certaine activité dangereuse provoque des modifications ou altérations déterminées de nature physique. Ces modifications dépassent les frontières d'un Etat (ou le ressort où il exerce une juridiction ou un contrôle) et produisent sur le territoire d'un autre Etat (ou dans un ressort où ce dernier exerce une juridiction ou un contrôle) un effet néfaste appréciable du point de vue social ou de celui des besoins humains. Il s'agirait d'une chaîne de causalité qui commencerait dans le pays d'origine par une intervention humaine. Bien entendu, une chaîne de causalité n'existe que dans un milieu physique, aussi le Rapporteur spécial estime-t-il plus correct de parler d'une « conséquence physique » que d'une « conséquence matérielle ».

40. A son avis, la définition pourrait englober la responsabilité du fait des produits *(product liability)*, car, si un certain produit est exporté — ou franchit une frontière — alors qu'il comporte des vices qui donnent naissance dans un autre Etat à une chaîne de causalité entraînant à son tour des dommages pour la santé de certaines personnes, le cas serait couvert par la définition donnée à l'article 1er. Cela contredirait ce que le précédent Rapporteur spécial affirmait dans son résumé du débat tenu à la trente-sixième session[20].

41. Le texte initial ne précisait pas que les effets devaient être « préjudiciables ». Le Rapporteur spécial admet, ainsi que son prédécesseur l'avait dit dans le résumé susmentionné[21], que chaque Etat doit être juge de la manière dont il est affecté par une certaine conséquence, de sorte que, même si l'Etat d'origine n'estime pas que la conséquence est préjudiciable, l'Etat affecté a néanmoins le droit d'invoquer (quel que soit l'aboutissement ultime de sa démarche) le régime envisagé dans les présents articles. Le Rapporteur spécial croit cependant que l'idée de préjudice doit être présente, car, pour que le régime institué par le projet reçoive effectivement application, il faut que l'effet soit, de toute évidence,

[17] *Ibid.*, par. 32 et 33.

[18] Voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 29 et suiv.

[19] *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 80.

[20] *Annuaire... 1984*, vol. I, p. 234, 1852e séance, par. 49.

[21] *Ibid.*, p. 233, par. 48.

préjudiciable à l'Etat affecté. La qualification s'impose parce que, dans le cas contraire, un Etat pourrait prétendre que, bien que l'effet soit favorable à tous égards, il n'en est pas satisfait et préfère le maintien du *statu quo*. D'une certaine manière, l'inclusion de l'adjectif « préjudiciable » irait aussi dans le sens de la sentence rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux*[22] : l'Espagne ne pouvait rien réclamer si, malgré les travaux réalisés par la France, il lui était restitué, au point où la rivière entrait sur son territoire, le même débit et la même qualité d'eau, bien qu'elle contestât le fait que la France s'attribuait — pour ainsi dire — la clef du débit de l'eau en aval.

42. Le texte initial de l'article 1er prévoyait aussi que les effets considérés devaient affecter « l'utilisation ou la jouissance de zones se trouvant sur le territoire ou sous le contrôle d'un autre Etat ». Dans le débat qui a eu lieu sur ce point à la trente-sixième session, un membre de la Commission a évoqué le cas des effets dommageables pour la santé des populations, la question étant de savoir si cette situation serait englobée dans la notion d'« usage et jouissance » d'une zone[23].

43. Il faut admettre qu'il n'est pas certain qu'une hypothèse semblable, qui relève sans conteste du domaine du projet d'articles, serait englobée dans la notion examinée. Il est évident que, d'une certaine manière, l'usage ou la jouissance d'une zone serait amoindri si une activitée menée dans un autre Etat avait pour effet de nuire à la santé de ses habitants. Ce serait néanmoins étrange de parler de cette circonstance comme d'« un usage ou une jouissance ». Aussi le Rapporteur spécial a-t-il préféré ajouter que la conséquence peut être également préjudiciable aux « personnes ou choses » situées dans les lieux visés.

III. — L'ARTICLE 2

A. — Territoire et contrôle

44. De même que le texte initial, l'article 2 comporte la liste des expressions employées pour préciser leur portée dans le projet d'articles.

45. Le paragraphe 1 explique le sens du terme « situation » comme on l'a indiqué plus haut.

46. Le paragraphe 2 correspond au paragraphe 1 du texte initial et comporte trois alinéas.

47. L'alinéa *a*, comme on l'a déjà dit, étend la notion de « territoire » touché par l'effet transfrontière à certaines zones maritimes où l'Etat exerce certains pouvoirs. On considère par hypothèse que la notion de territoire de l'Etat englobe la mer territoriale et l'espace aérien susjacent au territoire aussi bien terrestre que maritime. C'est pour cette raison qu'ils ne sont pas mentionnés expressément. Cet alinéa ne vise pas nécessairement ni exclusivement la situation d'un navire battant pavillon étranger qui navigue, par exemple, dans une des zones décrites comme faisant partie du territoire d'un Etat aux fins du projet d'articles. Il peut viser aussi le cas d'une activité menée en haute mer, dans l'espace ou même sur le territoire proprement dit d'un autre Etat, et qui produit les effets mentionnés dans les zones où l'Etat exerce une juridiction partielle.

48. L'alinéa *b* envisage la situation des navires, des aéronefs et des objets spatiaux à la fois lorsqu'ils créent l'effet transfrontière et lorsque cet effet est subi par eux, auquel cas l'Etat dont ils battent pavillon ou dans lequel ils sont immatriculés ou enregistrés devient l'Etat affecté. Dans cette hypothèse, il s'agit de cas où un effet transfrontière se produit, alors même qu'il provient d'une source située provisoirement sur le même territoire. Ce paradoxe de l'effet transfrontière qui a son origine à l'intérieur même des frontières nécessitait une explication telle que celle qui est fournie par l'alinéa *b*.

49. On sait que l'Etat côtier comme l'Etat de pavillon exercent une certaine juridiction sur un navire en cours de passage innocent dans la mer territoriale du premier Etat : à certaines fins, le navire est soumis à la juridiction territoriale de l'Etat côtier, mais il est traité à presque tous égards comme s'il demeurait en dehors de sa juridiction civile et pénale[24]. Il semble donc qu'il ne peut suffire, s'agissant des navires dans cette situation, de mentionner la juridiction et encore moins le territoire. Le mot « contrôle », qui est employé, est peut-être le plus approprié, bien qu'il faille préciser que la notion s'étend à des situations comme celle d'un navire privé, par exemple, sur lequel l'Etat du pavillon n'exerce qu'un contrôle relatif et qui n'est certainement pas équivalent à celui que l'Etat exerce sur ses propres navires.

50. L'alinéa *b* du texte initial envisageait la situation des navires exerçant un droit de « passage continu » et des aéronefs ou objets spatiaux exerçant un droit de survol à travers le territoire maritime ou l'espace aérien d'un Etat. L'expression « passage continu » semble avoir été choisie pour désigner toute forme de passage consacrée par le nouveau droit de la mer. Or, il s'agit du passage et non de la libre navigation, de sorte que l'expression ne s'étend pas aux navires qui naviguent dans la zone économique exclusive d'un autre Etat, ce qui serait en contradiction avec l'alinéa précédent, lequel englobe cette zone dans le « territoire » de l'Etat affecté, quelle que soit l'origine de l'effet transfrontière qui s'exerce sur elle. C'est pourquoi le texte de l'alinéa *b* proposé par le Rapporteur spécial incorpore la notion de « navigation ». En outre, le texte révisé emploie le mot « quand » au lieu de la locution « pendant que », parce que c'est ce qui caractérise la situation. Si les navires visés se trouvaient en haute mer et les aéronefs ou objets spatiaux dans des zones au-delà des limites de juridiction nationale, cet alinéa serait superflu; il ne figure dans l'article que pour tenter d'expliquer le paradoxe de l'effet transfrontière dont l'origine se situe à l'intérieur même du territoire considéré.

51. L'alinéa *c* concerne les zones situées au-delà des limites des juridictions nationales, qui subissent les effets néfastes d'une activité ou d'une situation surve-

[22] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281.

[23] *Annuaire... 1984*, vol. I, p. 213, 1849e séance, par. 26 (sir Ian Sinclair).

[24] Voir le rapport de la Commission sur sa trente-sixième session, *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 80, par. 243.

nant elle aussi au-delà des limites de ces juridictions : deux navires battant pavillon différent et se trouvant en haute mer, deux aéronefs immatriculés dans des Etats différents et se trouvant dans l'espace aérien, deux objets spatiaux enregistrés dans des Etats différents et se trouvant dans l'espace ou traversant l'espace aérien. Dans ces cas, tout effet d'un véhicule sur un autre a un caractère transfrontière. Il va de soi que tout effet en provenance de ces lieux et qui affecte le territoire proprement dit d'un Etat possède de la même manière un caractère transfrontière.

52. L'hypothèse visée à l'alinéa *c* pourrait avoir une conséquence de vaste portée qui doit retenir toute l'attention de la Commission : celle de consacrer un éventuel droit d'un Etat affecté par une activité menée en tout lieu — y compris le territoire d'un Etat d'origine — qui crée une situation dans des zones situées au-delà des limites des juridictions nationales, laquelle exerce à son tour un effet particulier sur le territoire dudit Etat.

53. Si cette solution paraît acceptable — et sa consécration pourrait dépendre des développements ultérieurs concernant les limites de la responsabilité — elle répondrait, ne serait-ce que partiellement, à la préoccupation exprimée à diverses reprises dans les débats au sujet des effets nocifs des activités sur ces mêmes zones. Chaque Etat aurait un droit — pour autant qu'il serait affecté sur son territoire — de mettre en mouvement les actions et procédures prévues par les articles. De toute évidence, dans beaucoup de cas, les procédures devront être différentes des procédures bilatérales et pourraient même nécessiter une intervention d'organismes internationaux. Il y a là quelque similitude avec les dispositions qui pourraient être établies éventuellement au sujet des activités dont les effets se propagent à grandes distances et à propos desquelles la notification ou la prévention en général soulèvent des difficultés, comme l'a montré le précédent débat.

B. — Le dommage

54. Les paragraphes 3, 4 et 5 de l'article 2 n'appellent guère d'explications. En revanche, le paragraphe 6 introduit une notion très importante en la matière, celle de dommage, dont il convient de chercher une première approximation, attendu qu'elle n'a été envisagée jusqu'ici que sous certains aspects.

55. En quoi consiste le dommage ? Quelle est sa nature ? De toute évidence, le dommage dans le sujet examiné n'est pas le même que celui dans le contexte de la responsabilité pour faits illicites. Dans ce dernier cas, le droit cherche à restaurer autant que possible la situation qui existait préalablement à l'inexécution de l'obligation en cause, pour effacer d'une manière ou d'une autre les conséquences du fait illicite. Au contraire, dans le cadre du sujet examiné, il faut surtout tenir compte de ce que l'effet préjudiciable, qui est à l'origine du dommage, se produit par suite d'une activité qui est licite et qui a été acceptée, malgré les dangers qu'elle entraîne, parce que la comparaison des divers intérêts et facteurs en jeu a montré qu'il était préférable d'en affronter les conséquences éventuelles plutôt que d'interdire directement l'activité. De même, si l'activité n'a pas été interdite purement et simplement parce que la procédure prévue par les présents articles pour la création d'un régime n'a pas encore abouti, le dommage intervient également dans un contexte de licéité, et les facteurs qui entrent en jeu sont donc analogues à ceux qui existent dans la situation décrite précédemment.

56. Une première conclusion serait que le dommage consiste dans la rupture de l'équilibre des facteurs et des intérêts en jeu, prise en considération dans la décision de ne pas interdire l'activité. L'ampleur du dommage sera en proportion directe avec la rupture de cet équilibre : la brèche ouverte en donnera la mesure. Comme les facteurs qui interviennent sont complexes, et sont parfois difficilement quantifiables, des négociations s'imposent. Chacun sait que tout est possible dans des négociations, et que le résultat peut faire apparaître, selon la capacité de négociation des parties, une ampleur différente de celle que le dommage a réellement. Cela ne dispense pas de la nécessité de négocier aux fins énoncées plus haut, mais cela rappelle ce que Gunther Handl qualifie d'« obligation négociable » *(negotiable duty)*[25].

57. Et quels seraient les facteurs en jeu ? Sans préjudice du résultat de l'étude plus approfondie qui suivra, les facteurs qui interviendraient seraient à première vue ceux prévus à la section 6 de l'ébauche de plan. Pour n'en citer que quelques-uns, il faudrait établir si une activité déterminée est avantageuse aussi pour l'Etat affecté (en cas de transport d'hydrocarbures, par exemple, rechercher si l'utilisation de pétroliers géants diminue le prix et améliore l'approvisionnement, etc.); il faudrait examiner si l'Etat d'origine a dû engager des frais considérables pour se conformer aux règles de prévention ou, inversement, voir quelles ont été les dépenses que l'Etat affecté a dû engager lui-même à cette fin. C'est pourquoi il arrive parfois que ces opérations aboutissent à la fixation d'un plafond d'indemnisation inférieur à ce qu'il aurait été si le dommage avait été considéré indépendamment du contexte indiqué plus haut.

58. Si le dommage s'est produit en l'absence d'un régime, il faudra l'évaluer en tenant compte des mêmes facteurs qui interviennent parfois dans l'action unilatérale des parties. Par exemple, si l'Etat d'origine a pris réellement des précautions sérieuses et coûteuses, les coûts correspondants peuvent influer d'une certaine manière sur la fixation du montant du dommage. Il en ira de même si l'activité bénéficie en fait à l'Etat affecté, etc. Si l'Etat d'origine enfreint l'obligation d'aviser l'Etat susceptible d'être affecté, ou de négocier un régime, ou enfin ne tient pas compte de son obligation pure de prévention (sect. 2, par. 8, et sect. 3, par. 4, de l'ébauche de plan), on a déjà vu précédemment que sa situation juridique s'aggrave, et que ces circonstances auront éventuellement un effet sur la fixation du montant de l'indemnisation.

59. Une autre approche de la notion de dommage consisterait à distinguer les divers types qui peuvent se présenter et à indiquer ceux qui peuvent relever du sujet à l'examen. Il s'agit, à première vue, des suivants :

a) Le dommage qui n'est ni significatif, ni sensible, ni appréciable par son étendue. Il n'atteint pas le seuil à

[25] Voir le deuxième rapport du Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/402 (v. *supra* n. 2), par. 43.

partir duquel un effet commence à être considéré comme un dommage; il constitue simplement un inconvénient qu'il faut supporter parce que les avantages de la technique moderne comportent certains désagréments, l'émission de rejets, etc., que tous doivent supporter parce que tous en sont simultanément victimes et auteurs;

b) En conséquence, seul le dommage qui dépasse ce seuil est à prendre en considération.

60. Ce second type de dommage peut se subdiviser en au moins trois sous-types :

a) Le dommage appréciable causé par une activité comportant un risque générique, et qui est caractéristique du sujet examiné.

b) Le dommage causé par une activité non interdite et par la faute ou la négligence de l'Etat d'origine ou de personnes privées opérant dans cet Etat. Il correspondrait à certaines activités polluantes dont les effets ne dépendent pas du hasard, mais procèdent normalement de l'activité. Dans le projet relatif aux cours d'eau, ce type de dommage, quel qu'en soit la cause, tombe sous le coup des activités illicites. Ce sous-type ne semble pas relever du sujet examiné, sauf en cas d'accident généralement prévisible. Cependant, dans d'autres domaines, les interdictions analogues ne sont pas évidentes. Il y aura donc des dommages causés par des activités non interdites qui ne seront pas indemnisables pour cause d'illicéité, en raison de l'inexistence d'une règle expresse. Dans son deuxième rapport[26], le Rapporteur spécial avait accepté d'examiner, provisoirement du moins, ce type de dommage dans le cadre du sujet.

c) Enfin, il y a le dommage causé par un événement imprévisible au cours d'une activité qui n'est pas appréciablement dangereuse, provoqué par un concours de facteurs, et qui, en principe, ne relèverait pas du sujet examiné. Cela ne veut pas dire que le dommage ne serait pas indemnisable, mais qu'il ne l'est pas dans le cadre du projet d'articles.

IV. LES ARTICLES 3 À 6

A. — L'article 3

61. L'article 3 traite de certains cas particuliers d'effets transfrontières.

62. L'alinéa *a* cherche à exprimer une notion que le Rapporteur spécial a expliquée, lors du débat de la précédente session, comme suit :

> [...] Concernant le champ du sujet et les obligations d'informer et de négocier, il est apparu nécessaire de préciser que, de l'avis du Rapporteur spécial, le terme « transfrontière » ne visait pas uniquement les dommages causés aux pays limitrophes, mais englobait tous les dommages qui pouvaient être causés au-delà des frontières nationales, que l'Etat d'origine et l'Etat victime fussent ou non voisins[27].

63. Cette explication, consignée dans le rapport de la Commission, pourrait être jugée suffisante et rendre alors superflu le texte qui est proposé. Cependant, deux considérations militent en faveur d'une disposition expresse : d'une part, en ce qui concerne la portée du sujet, il faut toujours prendre soin d'exprimer ce qui est entendu tacitement; d'autre part, le contenu des débats et même les commentaires de la Commission relatifs aux articles — où la citation ci-dessus pourrait prendre place — ne sont en définitive que des « travaux préparatoires » et n'ont donc qu'une valeur relative. Telle est aussi, d'ailleurs, la position du Rapporteur spécial quant à la valeur des précisions que la Commission apporte parfois dans le commentaire.

64. L'alinéa *b* est la réaffirmation de ce qui a été dit précédemment à propos de l'article 2, par. 2, al. *c* (voir *supra* par. 51 à 53), et son inclusion définitive dans le projet d'articles dépendra de la réaction de la Commission à ce sujet.

B. — L'article 4

65. L'article 4 sert d'introduction au reste du texte, mais il fixe en même temps deux conditions très importantes pour engager la responsabilité que le projet impose aux Etats. Elles concernent la connaissance par l'Etat d'origine : *a*) que l'activité visée a lieu ou va avoir lieu sur son territoire; et *b*) que l'activité crée un risque appréciable.

66. Les deux conditions sont fortement atténuées par la présomption contenue dans le membre de phrase « ou possède les moyens de savoir ». L'exclusivité de la juridiction territoriale la rend nécessaire, parce que la preuve de la connaissance ne peut incomber à l'Etat affecté. La première condition, bien qu'elle soit d'application générale, vise spécialement la situation de certains pays en développement possédant un territoire très étendu, et dont on ne peut pas toujours présumer qu'ils ont connaissance de tout ce qui se passe sur leur territoire. En particulier, la responsabilité éventuelle de la prévention ou de la réparation du dommage serait subordonnée à un examen spécial dans les cas où l'activité à l'origine du risque a lieu dans des régions très vastes comme la zone économique exclusive et où les pays en développement n'ont souvent pas les moyens de surveiller les activités que peuvent avoir les navires battant pavillon étranger et qui sont susceptibles de produire un effet sur le territoire d'autres Etats.

67. Tout ce qui précède serait conforme au principe qui ressort de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fond)[28] et aussi — pour ce qui concerne les émissions de fumées nocives — de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*[29]. Il est certain qu'ainsi énoncé le principe semble établir une obligation dont l'inexécution entraînerait l'illicéité, ce qui l'exclurait du sujet examiné. Telle n'est pas l'opinion du Rapporteur spécial : dans les deux décisions on invoque le respect d'un principe très général de droit international. Le Rapporteur spécial doute très sérieusement que ce principe puisse être réputé en vigueur en droit international général en l'absence d'une règle plus précise, d'un moindre degré de généralité, qui lui donne application.

---

[26] *Ibid.*, par. 30 et 31.

[27] *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), p. 59, par. 206.

[28] *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.

[29] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905.

68. Selon les fins poursuivies et les circonstances particulières du problème, la mise en application du principe peut, à son avis, s'opérer de deux manières : soit au moyen de règles d'interdiction dont la méconnaissance entraînerait naturellement l'illicéité, soit par l'intermédiaire de règles de responsabilité pour risque ou responsabilité objective. Dans ce dernier cas, l'Etat a une responsabilité causale, et le fait lui est pleinement attribuable, pour la simple raison qu'il est survenu sur son territoire et qu'il en a eu connaissance. Il ne peut s'en exonérer en rapportant la preuve qu'il a employé les moyens raisonnables à sa disposition pour éviter la survenance du dommage, comme il pourrait le faire s'agissant d'obligations d'éviter un résultat. La responsabilité « objective » n'est qu'une technique juridique pour poursuivre certaines fins.

69. Le Rapporteur spécial considère que la connaissance par l'Etat territorial, ou la présomption de cette connaissance, parce que l'Etat dispose des moyens de l'avoir, est à la base de la responsabilité en la matière et la justifie. Il a qualifié de « péché originel » la création d'un risque d'une certaine ampleur par l'exercice d'une activité humaine, que ce soit celle de l'Etat lui-même ou celle d'individus sur son territoire. La création du risque est aussi à l'origine de la rupture de l'équilibre juridique ou de l'équilibre des intérêts entre l'Etat et les victimes éventuelles, de l'enrichissement sans cause et de la violation du principe de l'égalité juridique des uns et des autres. Si l'on est convaincu que, d'une certaine manière — sur laquelle le Rapporteur spécial ne souhaite pas engager le débat —, la « faute » *lato sensu* inspire toutes les solutions en matière de responsabilité, il faut rechercher comme justification de la responsabilité pour risque une sorte de faute générique, antérieure à l'activité même, qui gît dans la création du risque.

70. Il faut relever aussi qu'apparaît ici l'expression « risque appréciable », véritable innovation en la matière. L'adjectif « appréciable » indique que le risque en cause doit avoir une certaine ampleur, qu'il doit être ou visible ou pouvoir être déduit des propriétés des choses ou des matériaux utilisés. Il fait pendant au caractère appréciable que le dommage doit avoir pour relever du projet d'articles. Il serait utile d'inclure cet adjectif si l'on considère que la description, donnée à l'article 1er : « qui créent ou peuvent créer une conséquence physique... », est trop vaste et englobe tout type de risque. La nuance apportée par le mot « appréciable » n'a pas, selon le Rapporteur spécial, pour effet d'introduire une dimension nouvelle, non quantifiable, mais exprime simplement ce qui est implicite dans la logique du texte.

C. — Les articles 5 et 6

71. Les articles 5 et 6 n'appellent guère d'explications. Ils reproduisent, respectivement, les articles 3 et 4 du texte initial. On trouvera des commentaires à leur sujet dans le cinquième rapport du précédent Rapporteur spécial[30] et dans le rapport de la Commission sur sa trente-sixième session[31]. Il convient en outre de se reporter au débat de la Commission sur le sujet, à cette même session[32]. Pour le Rapporteur spécial, ces articles doivent trouver place au début du projet, puisque c'est généralement là que sont précisées les relations entre un projet et les autres accords ou autres règles du droit international.

D. — Les organisations internationales

72. Enfin, le Rapporteur spécial estime nécessaire d'expliquer pourquoi il n'a pas soumis à l'examen de la Commission le projet d'article 5 du texte initial[33].

73. Le Rapporteur spécial a l'impression que tout ce qui concerne le rôle que les organisations internationales peuvent jouer en la matière représente, dans une certaine mesure, une *terra incognita* d'une étendue non négligeable. Il semble clair que les organisations internationales auront un jour des fonctions importantes à remplir, comme cela est apparu dans le précédent débat au sujet de leur rôle éventuel dans les procédures relatives à la prévention (notification, négociation) d'activités ayant des conséquences si vastes et pouvant affecter un si grand nombre de pays qu'elles feront éclater le cadre habituel des procédures bilatérales.

74. En outre, un questionnaire a été adressé à plusieurs organisations; sa lecture et celle des réponses[34] qui ont été reçues présentent une utilité indéniable. A sa précédente session, la Commission a décidé d'envisager l'envoi d'un nouveau questionnaire à un certain nombre d'organisations internationales[35]. Le Rapporteur spécial et la Commission manquent donc, à ce stade, d'un ensemble suffisant d'éléments pour se prononcer et pour étudier efficacement la question en relation avec le projet d'articles.

75. Le Rapporteur spécial préfère donc remettre la décision au sujet des organisations internationales jusqu'à ce qu'il soit possible de procéder à un examen mieux documenté.

---

[30] Doc. A/CN.4/383 et Add.1 (v. *supra* n. 4), par. 39 à 43 (relations avec les autres règles de droit) et par. 44 à 48 (relations avec les autres accords).

[31] *Annuaire... 1984*, vol. II (2e partie), p. 83, par. 254 et 255.

[32] Voir *supra* note 5.

[33] Voir *supra* note 4.

[34] Voir *Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie), p. 135, doc. A/CN.4/378.

[35] *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), p. 60, par. 211.