Document:-
A/CN.4/443

Huitième 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:-
1992, 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 5 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/443*

Huitième 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 : anglais/espagnol]
[15 avril 1992]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	Pages
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport		62
INTRODUCTION	1-8	63
A. Les articles proposés à ce jour	1-2	63
B. Les dix premiers articles	3-6	63
1. Observations de caractère général	3-4	63
2. L'article 2	5-6	63
C. La seconde série d'articles	7-8	64
1. Le principe de la non-discrimination (art. 10)	7	64
2. Les autres articles	8	64
Chapitres		
I. DÉVELOPPEMENT DU PRINCIPE DE PRÉVENTION	9-30	64
A. Les obligations de prévention	9-12	64
B. Autre solution	13	66
C. Traitement conjoint des mesures unilatérales de prévention	14-17	66
D. La nécessité de consulter. — Différences selon l'activité	18-28	67
E. Notification, information et envoi d'un avertissement par l'État affecté	29-30	69
II. DISPOSITIONS CONTENANT DES RECOMMANDATIONS EN MATIÈRE DE PRÉVENTION (ART. I À IX DE L'ANNEXE)	31	70
Annexe	31	70
Article I. — Mesures de prévention	31	70
Article II. — Notification et information	31	70
Article III. — Sécurité nationale et secrets industriels	31	71
Article IV. — Activités à effets nocifs : consultation préalable	31	71
Article V. — Solutions de rechange pour les activités à effets nocifs	31	71
Article VI. — Activités à risque : consultations en vue de déterminer un régime	31	71
Article VII. — Initiative des États affectés	31	71
Article VIII. — Règlement des différends	31	72
Article IX. — Facteurs de l'équilibre des intérêts	31	72
Appendice. — Développement de certaines notions contenues dans l'article 2 du projet d'articles présenté dans les précédents rapports	1-20	72
A. — Observations d'ordre général	1	72
B. — La notion de risque	2-9	73
C. — La notion de dommage	10-20	74

* Incorporant les documents A/CN.4/443/Corr.1 et A/CN.4/443/Corr.3.

Instruments multilatéraux mentionnés dans le présent rapport

	Sources
Convention relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers (Rome, 7 octobre 1952)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 310, p. 181.
Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Paris, 29 juillet 1960) et Protocole additionnel (Paris, 28 janvier 1964)	Ibid., vol. 956, p. 251 et 325.
Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires (Bruxelles, 25 mai 1962)	AIEA, *Conventions internationales relatives à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, Collection juridique n° 4, éd. rév., Vienne, 1976, p. 93.
Convention complémentaire à la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Bruxelles, 31 janvier 1963)	Ibid., p. 102.
Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (Vienne, 21 mai 1963)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1063, p. 265.
Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau (Moscou, 5 août 1963)	Ibid., vol. 480, p. 43.
Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Bruxelles, 29 novembre 1969)	Ibid., vol. 973, p. 3.
Traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol (Londres, Moscou et Washington, 11 février 1971)	Ibid., vol. 955, p. 115.
Convention relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitats de la sauvagine (Ramsar, 21 février 1971)	Ibid., vol. 996, p. 245.
Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (Londres, Moscou et Washington, 29 mars 1972)	Ibid., vol. 961, p. 187.
Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (New York, 10 décembre 1976)	Ibid., vol. 1108, p. 151.
Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin (Londres, 17 décembre 1976)	PNUE, *Recueil des traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Série références 3, Nairobi, 1982, p. 49.
Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979)	CEE, *Conventions sur l'environnement*, p. 7.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	*Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XVII (numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122.
Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique (Wellington, 2 juin 1988)	*Revue générale de droit international public* (Paris), 1989, t. 93, p. 102.
Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD) [Genève, 10 octobre 1989]	*Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD)* [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.90.II.E.39].
Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, 25 février 1991)	CEE, *Conventions sur l'environnement*, p. 109.

Introduction

A. — Les articles proposés à ce jour

1. En cette première année du mandat quinquennal de la CDI et compte tenu de la présence de nombreux membres nouveaux, il convient de faire le point sur l'état du sujet. À cet effet, on ne peut que recommander la lecture du septième rapport du Rapporteur spécial[1], qui donne une vue d'ensemble des articles proposés à ce jour et des réactions enregistrées tant à la CDI qu'à la Sixième Commission de l'Assemblée générale; le lecteur pourra également y prendre connaissance de certaines des orientations suggérées pour le développement ultérieur des aspects les plus importants du projet.

2. Cela étant, il est bon de rappeler que la page des débats généraux est à présent tournée et que, en conséquence, il faudrait limiter la discussion, dans toute la mesure du possible, au contenu du présent rapport.

B. — Les dix premiers articles

1. Observations de caractère général

3. La CDI a examiné deux séries de textes. La première série est constituée des dix premiers articles, présentés dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial[2] et transmis pour examen au Comité de rédaction[3]. Lors du débat qui a précédé cette transmission, d'importantes modifications ont été proposées, qui ont porté tant sur le fond que sur la forme. L'examen du rapport par la Sixième Commission a donné lieu à d'autres observations[4] dont le Rapporteur spécial a cru devoir tenir compte également. Toutes ces observations ont servi de base à neuf articles présentés dans le cinquième rapport[5] qui ont été discutés par la CDI et transmis comme éléments d'appréciation au Comité de rédaction. Il n'est resté que neuf articles sur les dix proposés, car un consensus s'est dégagé en faveur de la suppression de l'article 8 (La participation)[6]. On trouvera dans le sixième rapport des notes à certains de ces articles[7], qui présentent des propositions de forme quelque peu différentes, destinées au Comité de rédaction et, bien entendu, à la CDI, qui les examinera le moment venu.

4. Le Comité de rédaction aura donc à sa disposition la version des dix premiers articles qui lui avaient été envoyés initialement, ainsi que les éléments d'appréciation qu'offrent les neuf articles du cinquième rapport, et les propositions énoncées dans les notes relatives à certains des articles de l'annexe au sixième rapport.

2. L'article 2

5. Compte tenu de la nature très particulière du sujet et du fait qu'il n'existe pas encore d'instruments de type général comme celui que la CDI pourrait éventuellement proposer, à partir du sixième rapport, la plupart des articles ont un caractère tout à fait expérimental, l'objectif visé étant essentiellement de recueillir les réactions des membres de la CDI et de la Sixième Commission et de donner une vue d'ensemble du projet d'articles. Pour tenter de donner satisfaction à une minorité qui préconisait, avec beaucoup d'insistance, l'établissement d'une liste d'activités dangereuses afin de mieux cerner le sujet, on a repris à titre expérimental l'idée des « substances dangereuses » et autres substances analogues figurant dans l'important projet de convention sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement, du Conseil de l'Europe[8]. De ce fait, il a fallu amender le texte original de l'article 2 (Expressions employées) et d'autres articles, pour tenir compte de la nouvelle idée des substances dangereuses. La CDI et la Sixième Commission ne se sont pas montrées favorables à cette idée ni, de ce fait, aux modifications apportées en conséquence. Le Comité de rédaction n'ignore donc pas que les alinéas *a* à *d* de l'article 2 proposés dans le sixième rapport[9] ne sont pas acceptables et qu'il devrait, en principe, reprendre comme texte de base la rédaction proposée dans le cinquième rapport, en y apportant les modifications dont il sera rendu compte.

6. L'article 2 possède une caractéristique bien particulière. On a dit, à l'époque[10], qu'il devait rester ouvert pour permettre, le cas échéant, d'y introduire des termes nouveaux ou de modifier certaines des notions qui y figuraient, compte tenu du développement ultérieur du projet. Il s'agit donc d'un article flexible. Le sixième rapport comporte une section qui traite des autres modifications à apporter à l'article 2 et aux autres dispositions générales[11] dont le Comité de rédaction aura à tenir compte, car elle ne se rapporte pas à la notion de « substances dangereuses », mais à d'autres notions qu'il a paru nécessaire de définir après l'envoi de l'article 2 au Comité de rédaction, comme faisant partie des dix premiers articles.

---

[1] Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie), p. 73, doc. A/CN.4/437.

[2] Voir *Annuaire... 1988*, vol. II (1re partie), p. 253, doc. A/CN.4/413.

[3] *Annuaire... 1988*, vol. II (2e partie), par. 101.

[4] Voir « Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa quarante-troisième session, établi par le Secrétariat » (A/CN.4/L.431), sect. B.

[5] Voir *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie), p. 145, doc. A/CN.4/423.

[6] Pour le texte proposé, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2e partie), par. 22.

[7] *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), p. 111, doc. A/CN.4/428 et Add. 1, annexe, notes a à j.

[8] Le texte sur lequel est basé le débat dans le présent rapport est le projet qui figure dans le document DIR/JUR (92) 1 du Conseil de l'Europe, en date du 27 janvier 1992, ultérieurement adopté en tant que document DIR/JUR (92) 3 du 31 juillet 1992. Pour les débats qui ont porté sur un projet antérieur, voir le sixième rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie) [*supra* note 7]), p. 92 et 93, par. 15 à 17.

[9] Ibid., annexe.

[10] Ibid., p. 93, par. 19.

[11] Ibid., p. 94 à 96, par. 22 à 25.

C. — La seconde série d'articles

1. Le principe de la non-discrimination (art. 10)

7. Le sixième rapport contient un nouvel article 10 (La non-discrimination)[12] qui a reçu un appui général. Il devrait donc être transmis au cours de la présente session au Comité de rédaction pour permettre à ce dernier de terminer l'examen des principes régissant le sujet qui ont été proposés jusqu'ici pour être inclus dans le chapitre II du projet.

2. Les autres articles

8. On trouve ensuite une série d'articles (art. 11 à 33[13]) regroupés dans plusieurs chapitres : le chapitre III traite du principe de la prévention; le chapitre IV, de la responsabilité de l'État; et le chapitre V, de la responsabilité civile. Comme on l'a dit plus haut, ces chapitres ont un caractère purement exploratoire et la CDI, telle qu'elle est nouvellement constituée, ne devrait pas en tenir compte pour le moment. À mesure que l'on progressera dans l'examen du sujet, on proposera ces articles ou d'autres, mieux arrêtés, compte tenu des débats qu'ils auront suscités à la CDI et à l'Assemblée générale. Ainsi, compte tenu des conclusions des derniers débats qui paraissent avoir été décisifs, le présent rapport contient des articles déjà plus concrets relatifs à la prévention (voir *infra* chap. II). En outre, quelques-unes des définitions figurant à l'article 2 sont placées dans un appendice au présent rapport pour souligner que l'article 2 a déjà été transmis au Comité de rédaction et que le débat n'est que le prolongement de travaux antérieurs.

[12] Ibid., annexe. Voir également p. 96, par. 29.

[13] Ibid., annexe.

Chapitre premier

Développement du principe de prévention

A. — Les obligations de prévention

9. Dans les débats relatifs aux obligations de prévention, la Commission s'est posé deux questions fondamentales : *a)* doit-on prévoir pour les activités visées à l'article premier des obligations de prévention en sus des obligations de réparation? *b)* Faut-il alors traiter ensemble ou séparément les activités à risque et les activités à effets nocifs? Pour ce qui est de la première question, un courant d'opinion important s'est dégagé en faveur d'un instrument distinct revêtant le caractère de recommandation pour les obligations de prévention de nature simplement procédurale comme celles prévues aux articles 11 à 15 de la version du projet figurant dans le sixième rapport. À ce courant d'opinion, il faut ajouter ceux qui voudraient supprimer purement et simplement les obligations de procédure. Ceci permet de conclure qu'une nette majorité est contre le maintien d'obligations de procédure. C'est pourquoi le Rapporteur spécial propose maintenant de traiter de ces obligations dans une annexe ayant simplement force de recommandation.

10. Selon un autre courant d'opinion, en revanche, les mesures unilatérales de prévention, telles que celles envisagées à l'article 16 de la version figurant dans le sixième rapport[14], devraient avoir un caractère obligatoire pour les États[15]. À cet égard, il convient de faire une petite mise au point : on a pu entendre à plusieurs reprises tant à la CDI qu'à la Sixième Commission des commentaires qui associaient le risque à la prévention et le dommage à la réparation. Dans cette optique, la prévention ne concernerait que les activités dites « à risque », c'est-à-dire celles qui comportent la possibilité d'un dommage transfrontière important. Il est néanmoins un point qui porte à réfléchir sur cette tendance à considérer qu'il « vaut mieux prévenir que guérir » et qui conduit à l'un des problèmes les plus épineux que présente le projet : les instruments internationaux régissant des activités « à risque » spécifiques ne comportent aucune disposition sur la prévention, si l'on entend par prévention les mesures à prendre pour éviter les accidents. Ces instruments consacrent la responsabilité civile de certaines personnes privées pour les dommages causés par des activités considérées comme dangereuses, comme les activités faisant intervenir l'énergie nucléaire, le transport des hydrocarbures par mer, l'aviation et d'autres activités semblables[16]. Dans les conventions qui ne prévoient pas la responsabilité de l'État ou dans lesquelles celle-ci est simplement une responsabilité subsidiaire par rapport à la responsabilité civile, comme dans la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et la Convention de Vienne relative à la responsa-

[14] Ibid. Ces obligations, du type des obligations de diligence due, seraient à la charge de l'État d'origine; elles se traduiraient par une action législative, administrative et d'application du droit pour faire en sorte que les particuliers qui mènent l'activité en question prennent les mesures de fond. Des suggestions ont été faites en vue d'améliorer le libellé de l'article 16. On a fait valoir, par exemple, que la question des assurances relevait plus de la responsabilité que de la prévention, et que la dernière phrase qui s'adressait au traitement d'un danger imminent et grave serait peut-être mieux à sa place dans des articles consacrés à une procédure d'urgence.

[15] Dans des rapports antérieurs, on a qualifié de « dures » les obligations de ce type. À l'avenir, on parlera simplement d'« obligations », car il n'existe pas vraiment d'obligations « douces » *(soft obligations)*. Dans le cas de *soft obligations*, le terme « recommandations » sera utilisé.

[16] L'unique convention qui consacre la responsabilité de l'État est la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux mais elle ne prévoit pas non plus d'obligations de prévention. C'est le cas également, dans une certaine mesure, de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, mais pour fait illicite.

bilité civile en matière de dommages nucléaires, il est impossible de faire supporter *par la même personne* (l'exploitant responsable) et *pour un même fait* la responsabilité découlant de la violation d'obligations de prévention — qui est une responsabilité pour fait illicite — et la responsabilité causale (*sine delicto*). Dans le cas de la responsabilité pour fait illicite, il n'y a plus illicéité si le sujet de l'obligation fait preuve de la diligence voulue alors que, dans le cas de la responsabilité causale, le sujet est de toute façon tenu à indemnisation, quelles que soient les mesures qu'il a prises pour essayer d'éviter l'incident. On peut se reporter, à ce sujet, aux articles 21 et 23 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États[17]. En outre, la responsabilité causale suffit en général pour inciter les responsables à prendre les mesures de prévention voulues puisqu'ils sont toujours tenus à indemnisation en cas d'accident. L'unique façon d'inclure les deux formes de responsabilité dans le même instrument juridique serait de les prévoir pour des faits différents ou pour des personnes différentes (par exemple, la responsabilité de l'État pour la prévention et la responsabilité civile pour la réparation).

11. Dans de telles conditions, il serait peut-être plus pratique de renvoyer toutes les obligations de prévention (tant les obligations de procédure que celles appelées obligations « unilatérales » ou de diligence due) dans une annexe dont les dispositions auraient simplement valeur de recommandations et qui servirait de guide aux États pour assurer une meilleure application des articles du texte principal. Diverses raisons militent en faveur d'une telle solution :

a) Comme on l'a déjà vu, les conventions sur la responsabilité actuellement en vigueur ne traitent pas de la prévention[18] au sens précisé plus haut;

b) Il s'agirait d'obligations à la charge de l'État[19] dont la violation engagerait la responsabilité de l'État. S'il est vrai qu'il y a là deux sujets différents (l'État et les exploitants privés responsables), un même fait (c'est-à-dire un même dommage transfrontière) peut donner lieu à une responsabilité pour fait illicite à la charge de l'État et à une responsabilité causale ou responsabilité pour risque à la charge des exploitants privés. Même si les conventions relatives aux dommages nucléaires (voir *supra* par. 10) prévoient une certaine responsabilité de l'État, il ne s'agit pas d'une responsabilité pour fait illicite, mais simplement d'une responsabilité subsidiaire par rapport à la responsabilité causale des personnes privées, destinée à couvrir les dommages pour lesquels ces dernières ne peuvent fournir une indemnisation. On n'est donc pas en présence de deux options — une qui mènerait à la responsabilité de l'État et l'autre à la responsabilité civile —, lesquelles seraient difficilement compatibles, sans mentionner le fait que les États se sont montrés extrêmement réticents à assumer des responsabilités dans les conventions ou projets de convention actuels concernant certaines activités à risque[20]. De même, l'unique projet qui traite *en général* des activités dangereuses pour l'environnement, c'est-à-dire le projet de convention sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement[21], du Conseil de l'Europe, ne comporte aucune disposition sur la responsabilité de l'État;

c) Comme cela a été dit à maintes reprises, l'imposition d'obligations primaires de prévention ferait de la violation desdites obligations un fait illicite et, par conséquent, interdit, ce qui risque de susciter l'objection

[17] Pour le texte, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 31. C'est pour la même raison que la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux ne contient pas non plus de dispositions sur la prévention : toutes les obligations sont à la charge de l'État et, comme la responsabilité de ce dernier est absolue, il est inutile de lui demander de prendre certaines mesures de prévention. C'est un peu comme si on voulait punir la tentative de suicide par la peine de mort.

[18] Dans ces conventions, comme on le verra plus loin, la seule prévention envisagée est celle destinée à limiter ou réduire les effets nocifs d'un incident qui s'est *déjà produit*, c'est-à-dire à *empêcher* que ces effets ne réalisent tout leur potentiel de causer un dommage transfrontière. Les mesures de prévention de ce type sont généralement considérées, qu'elles soient prises par l'État affecté ou par des particuliers, comme devant donner lieu à indemnisation par l'État d'origine. Il s'agit d'une composante du dommage.

[19] Comme on le verra *infra* dans le texte, à caractère de recommandation, il appartiendra à l'État de prendre les mesures législatives, administratives et de mise en œuvre nécessaires pour que les responsables des activités visées dans le projet d'articles prennent à leur tour les mesures de prévention *de fond*.

[20] Voir G. Doeker et T. Gehring, « Private or international liability for transnational environmental damage. The precedent of conventional liability regimes », *Journal of Environmental Law* (Oxford), vol. 2, n° 1, 1990. D'après les auteurs, qui examinent divers régimes conventionnels de responsabilité, jusqu'à présent, seule la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux prévoit la responsabilité causale de l'État; tous les autres régimes s'en remettent à la responsabilité civile.

> « En ce qui concerne les activités spatiales, les éléments militaires et civils étaient au moment de la création du régime, et sont toujours aujourd'hui, étroitement liés. Les considérations militaires et de politique globale ont toujours intéressé les gouvernements. Lors des négociations sur la responsabilité du fait des activités spatiales, cet intérêt a de toute évidence prévalu. » (Ibid., p. 14 et 15.)

Les auteurs distinguent ce cas de ceux de l'utilisation de l'énergie nucléaire à des fins *civiles* et du transport de substances dangereuses, dans lesquels l'activité est purement économique. En outre, s'agissant des solutions à retenir pour les activités nucléaires civiles, d'une part, et pour le transport de substances dangereuses, d'autre part, ils font valoir que l'État intervient dans le premier cas à titre subsidiaire mais non pas dans le second cas. Ils citent le représentant des États-Unis d'Amérique à la Conférence de Bruxelles de 1969 qui avait déclaré que la participation de l'État

> « [...] ne devrait être envisagée que s'il était établi que le coût total de l'assurance résultant d'une solution de droit maritime d'un type traditionnel, bien que prévoyant un plafond élevé, était si exorbitant que les armateurs n'auraient plus intérêt à poursuivre leur activité. En d'autres termes, *les États n'étaient pas disposés à assumer une responsabilité subsidiaire tant que la branche d'activités concernée était elle-même en mesure de supporter la charge d'une responsabilité accrue*.* » (Ibid., p. 15.)

Si le raisonnement ci-dessus est correct, il le sera d'autant plus s'agissant d'une responsabilité de l'État pour fait illicite dans un projet d'articles destiné à être adopté sous forme de convention-cadre applicable à toute activité causant, ou risquant de causer, un dommage transfrontière important. Dans le même sens, A. Rest déclare :

> « Somme toute, le Code penche pour la *responsabilité civile* et ne fait pas apparaître les possibilités d'un régime de responsabilité de l'État qui devrait être combiné avec un régime de responsabilité civile. Il convient de mentionner que, par exemple, dans le précédent projet de code de février 1988, établi par le secrétariat de la CEE, « le développement du droit international en ce qui concerne la responsabilité internationale et l'indemnisation » était encore expressément mentionné. La suppression de ce membre de phrase montre une fois de plus de façon éclatante que les États se refusent ou répugnent à se lier par des dispositions contraignantes prévoyant leur responsabilité. » (« New tendencies in environmental responsibility/liability law — The work of the UN/ECE Task Force on Responsibility and Liability regarding Transboundary Water Pollution », *Environmental Policy and Law*, vol. 21, nos 3/4, juillet 1991, p. 136.)

[21] Voir *supra* note 8.

classique selon laquelle la CDI traiterait dans ce cas d'actes interdits alors que l'Assemblée générale lui a donné pour mandat d'étudier la responsabilité pour les activités *non interdites* par le droit international. Bien que, selon le Rapporteur spécial, cette objection ne soit pas une objection fondamentale — opinion que partage une bonne partie des membres de la CDI[22] —, il est toujours bon de ne pas compromettre l'intégrité méthodologique : établir la relation entre la responsabilité de l'État pour fait illicite et la responsabilité *sine delicto* des exploitants privés n'est pas chose facile, et encore moins quand il s'agit d'un sujet aussi complexe; et

d) Si on inclut un élément de prévention aussi important que celui prévu à cet article, il faudrait faire de même au moins pour une obligation de procédure à la charge de l'État d'origine, à savoir l'obligation de consulter les États susceptibles d'être affectés avant d'autoriser une activité à effets nocifs, comme on le verra un peu plus loin, ce qui irait à l'encontre du désir quasi unanime de ne pas traiter des obligations de procédure dans le corps même de l'instrument. Or, il faudrait inclure une telle obligation puisque, comme on le verra, pour ce qui est des activités à effets nocifs, la consultation sur un régime qui les rende légales est pratiquement l'unique aspect utile de tout projet.

12. L'annexe devrait être surmontée d'un chapeau qui préciserait que ses dispositions ont uniquement valeur de recommandations et doivent servir à assurer une meilleure application des principes et une meilleure réalisation des objectifs des articles de l'instrument principal et que les responsabilités qui pourraient naître du non-respect de l'une quelconque desdites dispositions, si celui-ci impliquait également la violation d'une obligation internationale, relèveraient du droit international. En d'autres termes, en conférant à certaines dispositions du projet le caractère de recommandation, l'objectif serait d'en faciliter l'application; la violation desdites dispositions n'aurait pas de conséquences *dans le cadre du régime prévu par le projet d'articles*, ce qui ne signifie pas qu'elle ne puisse pas avoir des conséquences au regard du droit international général ou d'autres conventions. Il est bon de voir, à cet égard, les articles 4 (Relations entre les présents articles et d'autres accords internationaux) et 5 (Absence d'effets sur les autres règles du droit international)[23].

B. — Autre solution

13. Selon l'opinion qui prévaut, les articles sur la procédure doivent être placés dans une annexe, mais les obligations unilatérales de prévention doivent être maintenues, même si cela complique la partie relative à la responsabilité. Si l'on se heurte au refus des États d'assumer des obligations de prévention, on pourrait placer l'article I de l'annexe[24] dans le texte principal. Dans un tel cas, il faudrait prévoir également dans ce texte au moins une obligation de consultation pour les activités à effets nocifs.

C. — Traitement conjoint des mesures unilatérales de prévention

14. Il y a lieu, à présent, de se demander si un article de cette nature, où qu'il soit placé, s'appliquerait aux deux types d'activités visées à l'article I — les activités à risque et les activités à effets nocifs — et il convient de s'interroger à cette fin sur le rôle préventif qui incombe à l'État en ce qui concerne les unes et les autres. On a déjà vu que les mesures préventives à la charge de l'État seraient très différentes de celles qui incomberaient aux exploitants privés : l'État devrait adopter une législation (lois et dispositions administratives) prudente et complète en matière de prévention et veiller à ce qu'elle soit respectée à l'aide des moyens juridiques dont il dispose. Les exploitants privés devraient prendre les mesures, concrètes ou de fond, que l'État leur imposerait.

15. C'est dans les mesures concrètes ou de fond que le rôle de la prévention varie selon qu'il s'agit d'activités à risque ou d'activités à effets nocifs. Dans le cas des activités à risque, la prévention est aléatoire puisque, par définition, des incidents peuvent se produire nonobstant les précautions prises. Dans le cas des activités à effets nocifs, ou bien la prévention est totalement efficace et empêche que des effets préjudiciables ne se produisent (ou n'atteigne le niveau d'un dommage important), ou bien elle est totalement ou partiellement inefficace et n'empêche pas qu'un dommage important ait lieu[25].

16. Mais en ce qui concerne l'État, son rôle est le même, quelle que soit l'activité réglementée, à savoir : prendre les mesures législatives et administratives et les mesures d'application voulues pour, dans un cas, réduire le risque d'accident et, dans l'autre, empêcher que le dommage transfrontière ne dépasse le seuil tolérable et ne devienne *important*. Il s'agira toujours de mesures législatives et administratives et de mesures d'application, c'est-à-dire de mesures de nature identique, relevant du domaine de la « diligence due ». En matière préventive, l'État aurait à légiférer et à surveiller.

17. Pour pouvoir adopter de telles mesures, l'État devra soumettre à un régime spécial toutes les activités re-

[22] Cette question a été abondamment discutée lors de débats antérieurs, et il a été suggéré de remplacer dans le titre le terme « actes » par « activités » [voir, notamment, *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), par. 216]. Ceci s'inscrirait dans le cadre du mandat de la CDI consistant à réglementer tout ce qui a trait auxdites activités, notamment la responsabilité (prise dans le sens d'un ensemble d'obligations primaires) pour les faits *illicites* commis au cours de ces activités.

Il faudrait, en conséquence, modifier le titre anglais afin qu'il reflète le fait que les articles traitent de *responsibility and liability for injurious consequences of activities not prohibited by international law*. Voir le septième rapport qui cite M. Quentin-Baxter et se réfère au « Texte de négociation composite officieux/Révision 2 » de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer qui traite de l'emploi des termes anglais *responsibility* et *liability* [*Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [*supra* note 1], par. 6, note 5].

[23] Pour le texte, voir *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie) [*supra* note 7], annexe.

[24] Les chiffres romains ont été utilisés pour distinguer les articles proposés par le Rapporteur spécial pour être inclus dans une annexe de ceux qui forment l'ensemble principal de l'instrument.

[25] Si l'activité doit inévitablement causer un dommage important, il y aurait lieu d'envisager sérieusement la possibilité que, avant de l'autoriser, l'État d'origine exige de l'exploitant qu'il trouve d'autres solutions dont ne résulte pas de dommage, comme on le verra plus loin.

levant de sa juridiction ou de son contrôle qui peuvent, *prima facie*, causer ou risquer de causer des dommages transfrontières. Ceci est supposé être ce que font déjà la plupart des pays dans le souci de protéger leur propre population. Quels critères les gouvernements doivent-ils appliquer pour reconnaître ces activités ? Le premier critère est la définition générale qui en est donnée à l'article 2. Ensuite, comme on l'a suggéré précédemment, cet article devrait être accompagné d'une annexe donnant une liste indicative de substances dangereuses, et peut-être aussi d'activités dangereuses, puisqu'une telle liste, étant seulement indicative, n'aurait pas les inconvénients maintes fois signalés que présentent les listes exhaustives et obligatoires. Avec de telles règles de prévention, il ne devrait pas y avoir de problèmes graves puisque les activités qui comportent des risques, comme celles qui sont mentionnées dans l'article 2, seraient déjà soumises à autorisation préalable dans la plupart des pays. Pour ce qui est du projet d'articles, les gouvernements devront tenir compte, lorsqu'ils évalueront l'incidence de l'activité en question sur l'environnement, de la santé et des biens de leur propre population, mais aussi des effets transfrontières éventuels. Les gouvernements se décharger ont certainement de cette tâche sur les exploitants privés relevant de leur juridiction ou de leur contrôle, en exigeant d'eux qu'ils apportent, à leurs frais, les éléments de jugement indispensables aux évaluations correspondantes.

D. — La nécessité de consulter. — Différences selon l'activité

18. En ce qui concerne la nécessité de consulter avant d'entreprendre l'activité, la situation est différente selon qu'il s'agit des activités à risque ou des activités à effets nocifs; les premières créent un risque de dommage transfrontière alors que les secondes causent directement un dommage, puisqu'elles sont de celles qui, par définition, l'engendrent au cours de leur déroulement normal. Il ressort très nettement de la doctrine et de la pratique internationales que, lorsqu'il est important, le dommage transfrontière que causent ces activités est, en principe, interdit par le droit international général. Par conséquent, il ne saurait y avoir de telles activités que s'il existe une forme quelconque de consentement préalable des États affectés. La rigueur de ce principe est quelque peu atténuée par l'existence de certaines activités productrices d'effets transfrontières nocifs qui ont insensiblement dépassé le seuil de tolérance et ont atteint le niveau du « dommage important ». La pollution de l'air que produit la pluie acide, tant en Europe qu'en Amérique du Nord, en est un exemple. Mais, s'il a été impossible d'interdire les activités génératrices de tels effets, elles ont suscité un mouvement de coopération internationale en vue d'essayer de les priver de leurs aspects les plus préjudiciables. La Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance en est un exemple, bien qu'elle ne comporte pas de clauses de responsabilité. Par cette coopération, les États admettent qu'il s'agit d'une situation tolérable temporairement, pour des raisons importantes, mais à laquelle il devra être mis fin. De même, vu la difficulté de prouver le lien de causalité entre les différentes sources et le dommage, tout ce qui a trait à la réparation passe, naturellement, au second plan. Il ressort de tout ceci qu'en pratique la meilleure, sinon l'unique, parade à ce genre d'activités est la prévention et la consultation en vue de trouver un régime acceptable pour que l'activité commence à se dérouler, ou, si elle est déjà en cours — comme c'est le cas de la pollution à distance qui résulte de l'utilisation de combustibles fossiles —, d'un régime qui la rende tolérable et, en fin de compte, offre une solution de remplacement au dommage transfrontière important.

19. Dans son ouvrage intitulé « Elements for a draft convention on environmental protection and sustainable development », le Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement propose de traiter le sujet de la licité ou de l'illicité du risque et du dommage à l'aide d'un principe et de deux exceptions. L'article 10 de son projet de convention énonce un principe qui prévoit l'interdiction générale de causer un dommage ou de créer un risque de dommage transfrontière dans les termes suivants :

> Sans préjudice des principes énoncés aux articles 11 et 12, les États préviennent ou atténuent toute perturbation ou tout risque important de perturbation de l'environnement transfrontière qui cause un dommage considérable — c'est-à-dire un dommage qui n'est ni mineur ni insignifiant[26].

Dans le commentaire relatif à cet article, il est indiqué que

> [...] l'article 10 *énonce le principe fondamental bien établi régissant les perturbations de l'environnement transfrontière**, à savoir que les États préviennent ou atténuent toute intrusion de cette nature qui cause ou comporte un risque important de causer un dommage considérable dans une zone relevant de la juridiction nationale d'un autre État ou dans une zone située au-delà des limites de la juridiction nationale[27].

---

[26] *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations* (adopté par le Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement), Londres/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1987, p. 75.

[27] Ibid. À l'appui de cette position, le Groupe cite la déclaration désormais classique de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)* [*États-Unis* c. *Canada*], qui se lit comme suit :

> « [...] selon les principes du droit international et du droit des États-Unis, aucun État n'a le droit d'utiliser son territoire ni de permettre que son territoire soit utilisé d'une façon telle que des fumées puissent causer des dommages sur le territoire ou au territoire d'un autre État ou aux biens ou aux personnes qui s'y trouvent quant il s'agit d'un cas grave et que l'existence des dommages a été établie de façon claire et convaincante. » [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1965.]

Il ressort aussi de cette déclaration que seul le dommage qui n'est pas mineur ou insignifiant relève du droit international.

Dans le même ordre d'idées, le Groupe cite aussi le paragraphe 2 de l'article 192 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui a été repris, implicitement ou explicitement, dans de nombreux instruments internationaux, notamment dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm [voir *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), première partie, chap. Ier]; les résolutions de l'Assemblée générale 2995 (XVII), sur la coopération entre les États dans le domaine de l'environnement (par. 1), 3129 (XXVIII), sur la coopération dans le domaine de l'environnement en matière de ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États, et 3281 (XXIX), par laquelle a été adoptée la Charte des droits et devoirs économiques des États (art. 2 et 30). Le Groupe fait observer que le jugement rendu par le tribunal de district de Rotterdam, le 16 décembre 1983, dans l'affaire des *Mines doma-*

(Suite de la note page suivante.)

Ce principe équivaudrait à une interdiction générale de causer un dommage transfrontière « considérable » — selon les termes de ce projet — intangibilité qui serait justifiée par le principe de la souveraineté territoriale de l'État affecté. P. Reuter se posait la question suivante :

Les règles de la souveraineté territoriale ne postulent-elles pas le principe suivant lequel est interdite toute action physique se faisant sentir sur le territoire d'un État à partir d'une source située sur le territoire d'un autre État (immixtion physique)[28]?

Dans le même ordre d'idées, il y a lieu de noter l'opinion exprimée par le Groupe d'étude ONU/CEE[29] au sujet de la pollution transfrontière des eaux.

20. La première exception, qui concerne les activités à risque, est énoncée au paragraphe 1 de l'article 11 proposé par le Groupe d'experts; elle fait appel à la notion d'équilibre entre les intérêts :

1. Si une ou plusieurs activités créent un risque important de dommage considérable résultant d'une atteinte transfrontière à l'environnement *et si le coût socio-économique et technique global ou la perte d'avantages qui résulterait de la prévention ou de la réduction de ce risque est, à long terme, de loin supérieur aux avantages que procurerait cette prévention ou cette réduction**, l'État qui a mené ou autorisé les activités veillera à ce qu'une indemnisation soit accordée si un dommage substantiel se produit dans une zone relevant de la juridiction nationale d'un autre État ou dans une zone située au-delà des limites de la juridiction nationale[30].

21. Il y a lieu de souligner aussi que les experts de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement n'envisagent pas la possibilité de subordonner l'activité en question à une autorisation ou à une consultation préalable sur le plan international, dès l'instant que l'équilibre des intérêts énoncé *supra* dans la citation est atteint. Par conséquent, si les intérêts opposés se présentent dans les proportions indiquées, il y a là un principe de droit qui autorise soit à continuer, soit à entreprendre l'activité en question sans qu'il soit nécessaire de procéder à des consultations ou d'obtenir une autorisation au préalable sur le plan international.

22. C'est ce que semble confirmer la pratique contemporaine. Des activités dangereuses ont été entreprises et ont causé, ou menacent de causer, des dommages à des États tiers. Les États en sont venus à chercher à leur appliquer des régimes juridiques qui consacrent le principe de l'équilibre des intérêts et le font généralement en transférant la responsabilité sur les exploitants privés. Tel a été le cas en ce qui concerne, par exemple, l'activité nucléaire dans les diverses conventions dont elle a fait l'objet, le transport d'hydrocarbures par mer et la pollution transfrontière accidentelle et non accidentelle des eaux intérieures[31]. Lorsqu'il n'a pas été possible d'équilibrer la balance, l'activité a été interdite par un traité, par exemple le Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles et le Traité interdisant de placer des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol.

23. Si l'on admet l'hypothèse de l'interdiction, en principe, de tous dommages transfrontières importants, toute activité relevant de la juridiction ou du contrôle d'un État qui causerait inévitablement un tel dommage — par exemple des activités ayant des effets nocifs — serait, en principe, internationalement illicite. Mais, là encore, l'équilibre entre les intérêts peut jouer un rôle important. Dans le texte adopté sur la question par le Groupe d'experts de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement, l'article 12 prévoit ce qui suit :

1. Si un État prévoit de mener ou d'autoriser une activité de nature à provoquer une atteinte transfrontière à l'environnement causant un dommage *qui, bien qu'important, n'en est pas moins inférieur au coût socio-économique et technique global ou à la perte d'avantages qui résulteraient de la prévention ou de la réduction de cette atteinte**, ledit État engage avec l'État affecté des négociations sur les condi-

(Suite de la note 26.)

niales de potasse d'Alsace (voir *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XV, 1984, décision judiciaire n° 9.924), énonce également le même principe, qui concorde avec ce qui précède [*Environmental Protection...* (voir *supra* note 26), p. 77 et 78].

De plus, ont été citées à maintes reprises à titre de comparaison au cours des débats de la CDI des affaires déjà classiques comme celles du *Détroit de Corfou* (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 4), du *Lac Lanoux* [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281] du *Gut Dam* [*International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 8, 1969, p. 118] et d'autres affaires qui font la lumière sur le fondement de la responsabilité dans le cas d'un dommage transfrontière de la nature, par exemple, de celui qui avait été causé dans l'affaire de l'*Île de Palmas* [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 829; texte français dans *Revue générale de droit international public*, Paris, vol. 42, 1935, p. 156]. Toute cette jurisprudence a été examinée à diverses reprises et il n'est pas nécessaire d'y revenir ici.

[28] « Principes de droit international public », *Recueil des cours... 1961-II*, Leyde, Sijthoff, 1962, vol. 103, cités dans le deuxième rapport de M. Quentin-Baxter [*Annuaire... 1981*, vol. II (1re partie), p. 121, doc. A/CN.4/346 et Add.1 et 2, note 95].

[29] Voir *supra* note 20.

[30] *Environmental Protection...* (voir *supra* note 26), p. 80.

[31] Dans l'ouvrage cité (ibid., p. 82), il est fait référence à la Convention relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers (art. 1), à la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, modifiée par le protocole additionnel de 1964 et par la Convention de Bruxelles de 1963 complémentaire à la Convention de Paris de 1960, à la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires et à la Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires, à la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures ainsi qu'à la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin. Est citée aussi la conclusion 35 de l'étude faite en 1981 par le PNUE sur les aspects juridiques de la protection de l'environnement dans le cadre des activités d'exploitation minière et de forage effectuées en mer dans les limites de la juridiction nationale des États [PNUE, *Environmental Law, Guidelines and Principles (No. 4), Offshore Mining and Drilling* (UNEP [092]/E5), p. 10].

Il y est fait référence aussi à l'adoption du principe de la responsabilité objective par le droit interne de nombreux pays importants : Allemagne, Égypte, États-Unis d'Amérique, Éthiopie, France, Inde, Iraq, Jamahiriya arabe libyenne, Japon, Jordanie, Koweït, Liban, Madagascar, Mexique, République arabe syrienne, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Sénégal, Thaïlande, Turquie, ancienne Union soviétique et Venezuela. Au vu d'une reconnaissance aussi large, les auteurs concluent que :

« La reconnaissance de la responsabilité objective pour les activités comportant des risques exceptionnels par un nombre croissant de pays témoignent de l'apparition d'un principe de droit (national) reconnu par les nations civilisées. Or, conformément à l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, un tel principe peut aussi régir les relations entre États souverains lorsqu'aucun traité ou aucune règle du droit international coutumier n'exige l'application d'un principe différent ou d'une règle différente. » [*Environmental Protection...* (voir *supra* note 26), p. 84.]

tions équitables, tant techniques que financières, dans lesquelles l'activité pourrait être menée.

2. Si une solution n'intervient pas sur la base de principes d'équité dans un délai de dix-huit mois à compter du début des négociations ou dans tout autre délai convenu par les États intéressés, le différend est, à la demande de l'un quelconque des États intéressés et dans les conditions définies aux paragraphes 3 et 4 de l'article 22, soumis à une procédure de conciliation ou par la suite à une procédure d'arbitrage ou de règlement judiciaire en vue de parvenir à une solution fondée sur des principes d'équité[32].

24. Les deux types d'activité ont un dénominateur commun : le dommage transfrontière causé doit être, à long terme, moindre que le coût (général, socio-économique et technique ou correspondant au manque à gagner) des mesures qu'il y aurait lieu de prendre pour prévenir ou réduire ce dommage, ou le risque qu'il se produise. S'il n'en était pas ainsi, si le coût de la prévention du dommage ou du risque de dommage était à la longue très inférieur au dommage causé, l'activité serait clairement illicite, la différence de coût donnant la mesure de la négligence de l'État d'origine.

25. Par contre, si la balance qui mesure l'équilibre entre les intérêts penche du côté qu'indiquent les textes cités, deux conséquences distinctes sont à considérer selon le type d'activités dont il s'agit : *a*) les activités à risque seraient licites dès lors que l'État d'origine assume la responsabilité objective des dommages causés — dans ce cas, le paiement des dédommagements correspondants et le coût des mesures de prévention équilibrent la balance[33]; et *b*) les activités à effet nocif *ne pourraient être considérées ni vraiment licites ni vraiment illicites** (par conséquent, non interdites) tant que l'obligation de négocier n'a pas été remplie ou, le cas échéant, le différend n'a pas été réglé[34].

26. Bien que l'on ne se propose pas de suivre à la lettre la proposition du Groupe d'experts, l'analyse juridique à laquelle les experts se sont livrés paraît fondamentalement exacte, en ce sens que les activités à risque peuvent être entreprises par les États d'origine dès lors qu'ils veillent à ce qu'il y ait dédommagement au cas où le dommage transfrontière se produirait effectivement. Il ne serait pas commode d'exiger, comme condition préalable à l'activité, la preuve qu'à long terme le coût (général, socio-économique et technique ou correspondant au manque à gagner) est supérieur au dommage, ou vice versa. Par contre, une activité à risque peut être entreprise sans autre condition que celle qui a été exposée. L'État d'origine devra néanmoins consulter les États qui pourraient être affectés pour voir si les mesures de prévention imposées aux exploitants privés sont acceptables, compte tenu des facteurs énoncés dans l'ancien article 17, devenu l'article IX de l'annexe.

27. En ce qui concerne les activités à effets nocifs qui, par définition, produisent des dommages au cours de leur opération normale, il serait recommandé de les soumettre à des consultations préalables avec les États affectés en vue de parvenir à un accord sur les conditions dans lesquelles elles seraient autorisées à avoir lieu. Il faudrait, en outre, prévoir un mode de règlement des différends. Ceci, naturellement, sans préjudice du recours qui peut être ouvert aux victimes, conformément au droit international, pour les dommages déjà causés et compte tenu des obligations découlant de la responsabilité pour faits illicites (diligence due) à la charge de l'État ou, éventuellement, de la responsabilité objective des exploitants privés.

28. S'il ressort des consultations visées *supra* au paragraphe 27 qu'il n'y a pas de moyen efficace de prévenir le dommage transfrontière important ou si l'État affecté prouve qu'il n'y a pas de moyen satisfaisant d'indemniser les victimes, l'État d'origine n'autorisera pas l'activité, à moins que l'exploitant ne propose d'autres solutions dont les conséquences n'atteignent pas les proportions d'un dommage « important ».

E. — Notification, information et envoi d'un avertissement par l'État affecté

29. Il conviendrait de se reporter ici au cinquième et au sixième rapports du Rapporteur spécial. Le cinquième rapport[35] fait apparaître que la consultation est si intimement liée à la *notification* de la situation qui la motive et à *l'information* sur les caractéristiques de cette situation (par. 74), que si on ne les mentionnait pas, notification et information seraient implicites. On lit aussi dans ce rapport (par. 76 et 77) que l'un des fondements du devoir de notifier les États affectés est l'obligation générale de coopérer (par. 76), « parce qu'il est parfois nécessaire de prévoir une action conjointe des deux États, l'État d'origine et l'État affecté, pour que la prévention soit plus efficace » (par. 77), l'autre fondement étant l'obligation de ne pas utiliser délibérément son propre territoire de façon dommageable. Les paragraphes 79 à 95 présentent une analyse de la pratique internationale en cette matière.

30. La procédure proposée dans le cinquième rapport a été simplifiée et quelque peu modifiée dans le sixième rapport[36]; elle est ici simplifiée encore. On a supprimé l'article 12 (Participation de l'organisation internationale) parce qu'il est en réalité toujours possible pour les États intéressés de prévoir cette participation à titre volontaire, en fonction de la capacité que ses statuts donnent à l'organisation considérée d'accepter la participation qui lui est ainsi proposée. En revanche, on a maintenu la recommandation tendant à ce qu'on fasse appel à une instance de ce genre pour déterminer quels États peuvent se trouver affectés par une activité exer-

[32] Ibid., p. 85 et 86.

[33] « Prévention » s'entend ici des mesures prises après l'incident pour limiter ou réduire le dommage. La responsabilité objective, avec les dédommagements qu'elle comporte, est peut-être un bon moyen d'encourager l'adoption des mesures de prévention raisonnables voulues afin d'éviter qu'un incident ne se produise, de sorte que l'activité est menée avec toutes les précautions appropriées.

[34] Voir *Environmental Protection...* (*supra* note 26), p. 87.

[35] *Annuaire... 1989*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 5], p. 156 et suiv., par. 72 et suiv.

[36] *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 7], p. 97 à 99, par. 31 à 42.

çant des effets très amples ou les exerçant à distance, étant donné que certains de ces organismes disposent des moyens ou des relations qui leur permettent d'évaluer l'impact de certains phénomènes ou de certaines activités. Le PNUE, par exemple, a mis en place à partir des réseaux nationaux le Système mondial de surveillance continue de l'environnement, qui offre un bon exemple de l'aide que peut apporter un organisme international.

CHAPITRE II

Dispositions contenant des recommandations en matière de prévention (art. I à IX)

31. Conformément au projet d'articles sur la prévention et aux commentaires et observations faits pendant les débats sur la question, le Rapporteur spécial propose d'inclure dans une annexe les articles ci-dessous; ces articles sont assortis de commentaires sur leur formulation[37].

ANNEXE

En ce qui concerne les activités visées à l'article 1er du projet et afin de mieux réaliser les objectifs et les principes de celui-ci, les dispositions qui suivent ont le caractère de recommandations, sans préjudice des responsabilités que le droit international peut prévoir en la matière.

Article I. — Mesures de prévention

Les activités visées à l'article 1er du dispositif principal sont soumises à l'autorisation préalable de l'État sous la juridiction ou le contrôle duquel elles doivent être exercées. Avant d'autoriser ou d'entreprendre une telle activité, l'État devrait disposer d'une évaluation du dommage transfrontière qu'elle est susceptible de causer et s'assurer, par des mesures législatives et administratives ou des mesures d'application, que les responsables de l'activité appliqueront les meilleures techniques disponibles pour éviter tout dommage transfrontière appréciable ou réduire au minimum le risque d'un tel dommage, selon le cas.

Commentaire

1) Cet article porte sur ce que l'ancien article 16 appelait les « mesures unilatérales de prévention », c'est-à-dire les mesures qu'un État adopte pour lui-même, sans consulter aucun autre État au préalable, et à titre de premières précautions. On a choisi de modifier l'ordre figurant dans le sixième rapport et de placer cette disposition au début pour faire ressortir la nécessité de l'autorisation préalable de l'État d'origine et la subordonner à l'évaluation des effets transfrontières de l'activité. Ce qui est fixé ici, c'est la première tâche du gouvernement à l'égard des activités qui semblent relever de l'article 1er. L'évaluation des effets transfrontières éventuels figurait à l'article 11 (Évaluation, notification, information)[38] tel que proposé dans le sixième rapport. Si un État constate qu'une activité qui semble relever de l'article 1er est exécutée sans son autorisation, il est certain qu'il examinera cette activité et qu'il exigera éventuellement l'autorisation préalable. Celle-ci est demandée pour les deux types d'activités visés à l'article 1er; mais, dans le cas des activités à risque, l'autorisation de l'État n'est soumise à aucun processus international préalable : la consultation recommandée dans le cas de ces activités — si, par son caractère, l'activité considérée la réclame — tend seulement à ce que l'on procède aux adaptations nécessaires du régime auquel l'État d'origine soumet sa réalisation, par exemple que l'on s'entende sur des mesures de précaution coordonnées, comme les plans d'intervention d'urgence, avec cette réserve que le régime des réparations est celui que fixe le dispositif principal, c'est-à-dire, en principe, celui de la responsabilité causale.

2) D'autre part, s'il existe en la matière des normes internationales, les articles proposés n'affecteront en rien ni leur validité ni leur statut : si elles sont obligatoires en vertu d'une convention ou de la coutume mondiale ou régionale, le fait que les moyens soient ici laissés au choix de l'État d'origine n'enlève rien au caractère contraignant de cet instrument ou de cette coutume. L'expression « meilleures techniques disponibles » est tirée du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières[39].

Article II. — Notification et information

Si l'évaluation prévue à l'article précédent fait apparaître la certitude ou l'éventualité d'un dommage transfrontière appréciable, l'État d'origine en in-

[37] Ces commentaires ne portent que sur des aspects circonstanciels, par exemple les raisons pour lesquelles certaines modifications de forme ont été faites plutôt que celles proposées dans le sixième rapport, ou sur d'autres considérations du même ordre.

[38] Pour le texte, voir *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), [*supra* note 7], annexe.

[39] CEE, *Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.90.II.E.28), sect. II, art. 1.

forme les États susceptibles d'être affectés en leur fournissant les informations techniques dont il dispose pour étayer son évaluation. Si l'effet transfrontière est susceptible de s'étendre à plusieurs États, ou si l'État d'origine ne peut déterminer avec précision les États qui seront affectés, l'État d'origine se fera aider par une organisation internationale compétente en la matière pour déterminer les États affectés.

Commentaire

Comme il a été dit, l'information est intimement liée à la notification et à la consultation; d'où la nécessité de faire connaître les résultats de l'évaluation des effets transfrontières. L'information n'exige aucun travail de recherche en sus de ce qui est déjà acquis, et on a employé la tournure « dont il dispose » pour rendre cette idée : l'État d'origine fournit ce qu'il a et il n'est pas obligé d'entreprendre de nouvelles recherches ni d'élargir celles auxquelles il a déjà procédé. S'il est difficile d'évaluer l'amplitude des effets probables de l'activité, l'État d'origine recherchera l'aide d'un organisme international compétent en la matière.

Article III. — Sécurité nationale et secrets industriels

Les données et informations qui sont vitales pour la sécurité nationale de l'État d'origine ou pour assurer la protection de ses secrets industriels pourront ne pas être transmises, encore que l'État d'origine coopère de bonne foi avec les autres États intéressés pour fournir autant de renseignements qu'il le peut selon les circonstances.

Commentaire

Cette disposition simplifie et incorpore certains passages des anciens articles 11 (Évaluation, notification, information) et 15 (Protection de la sécurité nationale ou de secrets industriels) tels qu'ils sont proposés dans le sixième rapport[40]. Contrairement à l'article 11, l'article III ne prévoit pas la possibilité de joindre une explication sur les mesures de précaution que l'État entend adopter, parce qu'en réalité cette explication fera normalement partie de l'information qu'il devra transmettre à l'État ou aux États affectés, étant donné la nature des consultations, qui, à n'en pas douter, tourneront autour du régime applicable.

Article IV. — Activités à effets nocifs : consultation préalable

Avant d'entreprendre ou d'autoriser une activité à effets nocifs, l'État d'origine consulte les États affectés afin d'établir pour cette activité un régime juridique acceptable pour tous les intéressés.

Commentaire

Cet article consacre une norme qui ne figurait pas dans le sixième rapport, et renvoie à l'idée que, dans la mesure où une activité produit au cours de son déroulement normal des dommages transfrontières, elle doit faire l'objet d'une présomption d'illicéité, puisque ou bien les dommages sont évitables, et l'État d'origine est tenu d'exiger de celui qui demande l'autorisation qu'il prenne les mesures de prévention nécessaires, ou bien les dommages sont inévitables, et il est impossible de procéder sans consulter, sous une forme ou sous une autre, les États affectés, ce qui leur donne l'occasion de faire d'éventuelles contre-propositions pour l'exercice de l'activité.

Article V. — Solutions de rechange pour les activités à effets nocifs

S'il ressort des consultations que le dommage transfrontière ne peut être évité dans les conditions envisagées pour l'activité, ou convenablement indemnisé, l'État affecté peut requérir l'État d'origine d'exiger de celui qui demande l'autorisation des solutions de rechange susceptibles de rendre l'activité acceptable.

Commentaire

Ce libellé est à rapprocher de celui de l'article 20 (Interdiction de l'activité) tel qu'il a été proposé dans le sixième rapport[41].

Article VI. — Activités à risque : consultations en vue de déterminer un régime

Pour les activités à risque, les États intéressés se consultent, au besoin, pour déterminer le risque et l'importance de l'éventuel dommage transfrontière, en vue de procéder aux adaptations et modifications de l'activité envisagée et d'arrêter les mesures préventives et les plans d'intervention d'urgence donnant satisfaction aux États affectés, étant entendu que la responsabilité des dommages causés reste régie par les dispositions des articles pertinents du dispositif principal[42].

Commentaire

Les justifications de cette disposition, qui n'existait pas dans le sixième rapport, ont été expliquées plus haut. Il convient d'indiquer que le fait qu'il n'existe pas pour l'État d'obligation de diligence due n'enlève rien à la validité des critères internationaux qui pourraient s'appliquer en la matière.

Article VII. — Initiative des États affectés

Si un État a des raisons de croire qu'une activité sous la juridiction ou le contrôle d'un autre État lui cause un dommage appréciable, ou crée un risque appréciable de lui causer un tel dommage, il peut demander à cet État d'appliquer les dispositions de l'article II de la présente annexe. Sa demande est accompagnée d'un exposé technique des raisons sur lesquelles se fonde son opinion. S'il apparaît que l'activité en question est effectivement une de celles

[40] Voir *supra* note 38.

[41] Ibid.

[42] Le texte de cet article est basé sur l'article 7 de la section VII du Code de conduite de la CEE (voir *supra* note 39).

que vise l'article 1er du dispositif principal, l'État d'origine prend à sa charge le coût de l'étude.

Commentaire

Ce libellé est repris de l'article 13 (Initiative de l'État présumé affecté) tel qu'il est proposé dans le sixième rapport[43].

Article VIII. — Règlement des différends

Si les consultations tenues en application des articles IV et VI qui précèdent n'aboutissent pas à un accord, les parties soumettent leur différend aux procédures de règlement des différends de l'annexe [...].

Commentaire

Il est évident qu'il faut prévoir une procédure de règlement rapide des différends pour résoudre ceux qui pourraient surgir, soit quant à la nécessité de tel ou tel régime pour les activités à risque, soit quant à l'autorisation d'exercer une activité à effet nocif; on pourrait, sinon, aboutir à des cas où les intéressés pourraient disposer d'un véritable droit de veto.

Article IX. — Facteurs de l'équilibre des intérêts

Au cours des consultations préalables et pour parvenir à un juste équilibre des intérêts des États concernés pour ce qui est de l'activité visée, ces États peuvent tenir compte des facteurs suivants :

***a*) Le degré de probabilité d'un dommage transfrontière, sa gravité et son étendue possibles ainsi que l'incidence probable de l'accumulation des effets de l'activité dans les États affectés;**

***b*) L'existence de moyens d'éviter lesdits dommages, compte tenu de l'état le plus avancé des techniques dont on dispose pour gérer l'activité;**

***c*) La possibilité de mener l'activité en d'autres lieux ou avec d'autres moyens, ou l'existence d'activités de remplacement;**

***d*) L'importance de l'activité pour l'État d'origine, compte tenu à cet égard d'éléments tels que les facteurs économiques et sociaux, la sécurité, les conditions sanitaires et autres facteurs analogues;**

***e*) La viabilité économique de l'activité eu égard aux moyens de prévention possibles;**

***f*) La capacité physique et technique de l'État d'origine de prendre des mesures préventives, de rétablir les conditions écologiques antérieures, d'indemniser le dommage causé, ou d'entreprendre les activités de remplacement qui s'offrent à lui;**

***g*) Les normes de protection appliquées à la même activité ou à des activités comparables par l'État affecté et celles appliquées dans la pratique régionale ou internationale;**

***h*) Les avantages que l'État d'origine ou l'État affecté tirent de l'activité;**

***i*) La mesure dans laquelle les effets nocifs trouvent leur origine dans une ressource naturelle ou affectent l'utilisation d'une ressource partagée;**

***j*) La mesure dans laquelle l'État affecté est disposé à contribuer aux dépenses afférentes à la prévention ou à la réparation des dommages;**

***k*) La mesure dans laquelle les intérêts des États d'origine et des États affectés sont compatibles avec les intérêts généraux de la communauté dans son ensemble;**

***l*) La mesure dans laquelle des organisations internationales sont à même de prêter assistance à l'État d'origine;**

***m*) L'applicabilité des principes et des règles pertinentes du droit international.**

Commentaire

Dans le sixième rapport du Rapporteur spécial, il était indiqué que les notions contenues dans ce qui était alors l'article 17 (Équilibre des intérêts) « n'étaient guère plus que des recommandations ou des règles de conduite et non de véritables normes juridiques »[44]. Ceux qui souhaiteraient développer quelque peu les motifs pour lesquels ces recommandations sont incluses dans l'Annexe peuvent se référer à l'argumentation figurant dans le sixième rapport[45]. Cependant, on trouvera suffisamment d'indications dans cette argumentation pour faire comprendre pourquoi l'emplacement correct de cet article est justement dans l'Annexe des dispositions non obligatoires, et précisément dans la partie relative aux consultations : c'est à ce moment-là en effet que peuvent intervenir utilement les facteurs énumérés, c'est-à-dire au moment où l'on compare les intérêts d'une partie à ceux de l'autre pour voir si l'on peut tolérer une activité qui comporte soit un risque soit un effet nocif quelconque.

[43] Voir *supra* note 38.

[44] *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie) [*supra* note 7], par. 39.

[45] Ibid.

APPENDICE

Développement de certaines notions contenues dans l'article 2 du projet d'articles présenté dans les précédents rapports

A. — *Observations d'ordre général*

1. Comme on l'a déjà dit (voir *supra* par. 6), l'article 2 possède une caractéristique bien particulière : il est « ouvert » et certaines des définitions qu'il contient paraissent devoir faire l'objet de réflexions plus approfondies. Cela, ajouté à la publication récente de projets et de travaux consacrés au sujet de la responsabilité pour les activités non interdites par le droit international, appelle l'attention de la CDI sur les notions ci-après dans l'espoir que le débat qui s'ensuivra servira de guide au Comité de rédaction qui est déjà saisi de cet article.

B. — *La notion de risque*

2. Le terme « risque » a été défini dans le quatrième rapport comme celui

[...] résultant de l'utilisation de choses qui, de par leurs propriétés physiques, qu'elles soient considérées en elles-mêmes ou du fait du lieu, du milieu ou de leur mode d'utilisation, sont hautement susceptibles de causer un dommage transfrontière pendant leur utilisation [...] (art. 2, al. *a*, i)

et l'expression « risque appréciable » désignant un risque

[...] pouvant être décelé par un simple examen de l'activité et des choses utilisées aux fins de cette activité [...] (art. 2, al. *a*, ii)[a].

Autrement dit, on a essayé de définir l'activité à risque par rapport aux choses utilisées et le « risque appréciable » par la possibilité qu'il y avait de déceler ce risque : il devait donc s'agir d'un risque décelable et non d'un risque caché que seul un examen poussé pouvait faire apparaître. En outre, le risque devait être d'une ampleur non négligeable. Le qualificatif « appréciable » avait donc un sens double.

3. En revanche, dans le sixième rapport, les activités à risque sont définies comme étant celles qui concernent la manipulation de substances, de techniques, d'organismes résultant d'une manipulation génétique et de micro-organismes qui revêtent tous un caractère dangereux (art. 2, al. *a*)[b]. Les activités visées par le projet d'articles étant ainsi identifiées, il n'était pas nécessaire de donner une définition générale du risque. La notion de risque, appréciable ou important, quel que soit le qualificatif que la CDI voudrait lui donner, n'en présentait pas moins un intérêt puisqu'elle apparaîtrait dans le projet et que cette définition avait été insérée dans l'alinéa *e* de l'article 2 du sixième rapport[c].

4. La notion de substances dangereuses ayant été laissée de côté en raison de la préférence exprimée tant à la CDI qu'à l'Assemblée générale[d], il y a lieu de réexaminer la définition du risque. Cela est important pour définir clairement le champ d'application du projet d'articles, de sorte que les gouvernements puissent savoir pour quelles activités ils auraient à adapter leur législation interne en vue d'engager la responsabilité de ceux qu'ils considèrent comme devant être tenus au versement des indemnisations correspondantes et d'instituer des recours à cette fin. Les modèles ne sont pas nombreux en ce domaine car les conventions consacrées à telle ou telle activité n'ont pas besoin de recourir à la notion de risque pour délimiter leur champ d'application; les activités qui font l'objet de ces conventions comportent, par définition, un risque appréciable et/ou important. L'unique projet qui traite *en général* des activités dangereuses pour l'environnement est le projet de convention sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement, du Conseil de l'Europe, mentionné *supra* (voir par. 5 et 11). Comme indiqué *supra* (par. 5), son approche n'a pas été jugée satisfaisante par un grand nombre de membres de la CDI et de représentants à la Sixième Commission.

5. Le risque peut être défini par rapport à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières. Le Code de conduite de la CEE relatif à ce sujet définit, notamment, trois notions très voisines :

[...]

f) « Risque » signifie l'effet combiné de la probabilité d'un événement non souhaité et de son ampleur;

g) « Activité dangereuse » signifie toute activité qui par sa nature comporte un risque significatif de pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières; et

h) « Matière dangereuse » signifie toute matière ou forme d'énergie comportant un risque significatif de pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, y compris les matières toxiques, persistantes et susceptibles de s'accumuler dans des organismes vivants et les micro-organismes nuisibles;

[...][e].

La Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD), loin de définir le risque, se borne à définir la marchandise dangereuse (art. 1, par. 9), en se référant simplement à certaines listes figurant dans un accord européen. Le projet d'accord-cadre sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière[f] établit la nécessité d'une telle évaluation touchant certaines activités, mais le fait aussi par référence à des listes. L'alinéa v de l'article 1 définit l'expression « activité proposée », qui doit être évaluée par l'impact sur l'environnement transfrontière, comme

[...] toute activité ou tout projet visant à modifier sensiblement une activité, dont l'exécution doit faire l'objet d'une décision d'une autorité compétente suivant toute procédure nationale applicable; [...]

L'appendice I cite comme activités à impact transfrontière probable les ouvrages tels que les raffineries de pétrole et les installations pour la gazéification ou la liquéfaction du charbon, les centrales thermiques et autres installations de combustion, les installations nucléaires et d'autres ouvrages. L'appendice III indique les critères généraux visant à aider à déterminer l'impact sur l'environnement d'activités qui ne sont pas inscrites sur la liste figurant à l'appendice I, encore que leur application à tel ou tel cas dépende du consentement des États concernés (art. 2, par. 5). Ces critères sont les suivants :

1. [...]

a) *Ampleur* : activités qui, vu leur nature, sont de grande ampleur;

b) *Site* : activités qu'il est proposé d'entreprendre dans une zone ou à proximité d'une zone particulièrement sensible ou importante du point de vue écologique (comme les zones humides visées par la Convention de Ramsar relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitats de la sauvagine, les parcs nationaux, les réserves naturelles, les sites présentant un intérêt scientifique particulier ou les sites importants du point de vue archéologique, culturel ou historique) et activités qu'il est proposé d'entreprendre dans des sites où les caractéristiques du projet envisagé sont susceptibles d'avoir des effets importants sur la population;

c) *Effets* : activités proposées dont les effets sont particulièrement complexes et peuvent être préjudiciables, y compris les activités qui ont de graves effets sur l'homme ou sur les espèces ou organismes auxquels on attache une valeur particulière, les activités qui compro-

[a] *Annuaire... 1988*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 2], p. 255 et 256, par. 17.

[b] *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie) [voir *supra* note 6], p. 111.

[c] Ibid.

[d] Voir le septième rapport (*Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie) [*supra* note 1]), par. 25 à 29.

[e] Voir *supra* note 39, sect. I.

[f] Devenu par la suite la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, adopté à Espoo (Finlande) le 25 février 1991. Dans le présent rapport, toute référence est faite au texte final de la Convention.

mettent la poursuite de l'utilisation ou l'utilisation potentielle d'une zone touchée et les activités imposant une charge supplémentaire que le milieu n'a pas la capacité de supporter.

2. Les parties concernées procèdent ainsi pour les activités proposées dont le site se trouve à proximité d'une frontière internationale et pour les activités proposées dont le site est plus éloigné et qui pourraient avoir des effets transfrontières importants à grande distance.

6. En résumé, il ressort de l'examen qui précède que le risque est lié à divers éléments : *a*) les activités proprement dites, de par leur ampleur et leurs effets prévisibles vraisemblablement transfrontières; *b*) le site de l'activité par rapport à la frontière internationale ou par rapport à des zones sensibles d'États voisins susceptibles d'être particulièrement affectés; *c*) les objets manipulés ou traités à l'occasion de l'activité considérée, ces objets désignant des choses aussi diverses que des techniques, des substances, certains organismes résultant d'une manipulation génétique ou certains micro-organismes dangereux. Au reste, la définition faisant référence à l'effet combiné de la probabilité d'un accident et de son ampleur semble pouvoir servir à définir le risque *appréciable*, *important* ou *substantiel*, suivant le niveau minimal ou le seuil choisi.

7. Comme cela a déjà été dit (*supra* par. 2), l'essai de définition proposé dans le quatrième rapport ne visait que les activités concernant la manipulation de choses dangereuses, mais appliquées aux activités proprement dites et non aux choses manipulées; certaines des notions retenues dans cette définition ont été reprises dans l'examen qui précède. Les caractéristiques des choses dangereuses étaient appréciées soit en elles-mêmes soit par rapport au lieu, au milieu ou à leur mode d'utilisation. Par exemple, les explosifs et les matériaux radioactifs, toxiques ou inflammables sont en eux-mêmes dangereux. Les activités qui utilisent des substances dangereuses et qui se déroulent à proximité d'une frontière internationale ou d'une zone particulièrement sensible sur le plan écologique et où les vents en transportent les effets au-delà des frontières sont dangereuses quant à leur emplacement. Lorsque les substances en question ont un effet particulier sur l'eau et l'air, elles sont dangereuses par rapport au milieu. Les substances utilisées dans l'activité spatiale ou aéronautique ou dans tout autre domaine où leur maintien n'est pas garanti ou encore les substances accumulées en grande quantité comme le pétrole qui, inoffensif en quantité réduite, est dangereux lorsqu'on en transporte 200 000 tonnes par navire, deviennent dangereuses selon l'utilisation qui en est faite. De même, la construction d'un barrage qui retient dans son bassin une quantité d'eau pouvant provoquer divers types de dommages (dégâts écologiques ou, par suite d'un accident, inondations dans les pays voisins ou changement du régime de leurs fleuves, etc.) peut devenir dangereuse quant à son emplacement ou à son environnement.

8. Tout essai de définition devrait commencer par les activités proprement dites en s'appuyant par exemple sur les critères retenus par le projet d'accord-cadre de la CEE, à savoir ampleur, emplacement et effets. La disposition en question pourrait être libellée comme suit :

« On entend par « risque » l'effet combiné de la probabilité d'un accident et de l'ampleur des dommages redoutés. Aux termes des présents articles, l'expression « activité à risque » s'entend de toute activité à l'occasion de laquelle le résultat de cet effet combiné est important. Il peut en être ainsi lorsque les effets de l'activité sont menaçants, comme lorsqu'on utilise des techniques, des substances, des organismes résultant d'une manipulation génétique ou des micro-organismes dangereux, ou lorsqu'on entreprend de grands ouvrages, ou lorsque les effets de l'activité considérée se trouvent aggravés par l'emplacement des sites où elle se déroule, ou par les conditions dans lesquelles elle a lieu, ou encore par les méthodes ou les moyens auxquels elle fait appel. »

9. Le texte qui précède peut être scindé en deux, de manière que les deux premières phrases forment un alinéa de l'article 2 et que le reste du texte apparaisse dans le commentaire sur l'article. En outre, on pourrait reproduire dans une annexe à caractère purement indicatif les listes de substances dangereuses et même donner des exemples d'activité à risque sur le modèle de l'appendice I du projet d'accord-cadre de la CEE. Bien entendu, cette définition générale ou toute autre qui serait proposée, en y incluant des annexes à titre d'exemple, ne garantira pas que toutes les activités à risque seront à priori visées dans le projet d'articles. Néanmoins, une formule de ce type pourrait donner aux gouvernements une idée de la manière dont les articles joueraient.

C. — *La notion de dommage*

10. Les principes directeurs établis par l'Équipe spéciale de la CEE sur la responsabilité et l'obligation de réparer en cas de pollution des eaux transfrontières[g] définissent ce que Rest décrit comme étant le facteur fondamental permettant de mesurer le montant de la réparation ou de la compensation exigible en cas de responsabilité[h], et qui se lit comme suit :

m) On entend par « dommage » :

— Toute perte de vies humaines, atteinte à la santé ou lésion corporelle;

— Toute perte de biens ou tout dommage causé à ces biens, ou tout manque à gagner

— Les détériorations des écosystèmes, y compris :

i) l'équivalent du coût des mesures raisonnables de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui doivent l'être ; et

ii) les autres dommages venant s'ajouter à ceux visés sous le point i tels que l'équivalent du coût des mesures prises pour remplacer les habitats dont la conservation présente un intérêt particulier;

— Le coût des mesures de sauvegarde et toute autre perte causée par lesdites mesures,

découlant de la pollution des eaux transfrontières. [...]

Rest qualifie de progressiste et novatrice la troisième disposition, en ce sens qu'elle ouvre la voie à la réparation du dommage écologique, et ajoute que

La réglementation *du contenu et du montant de la compensation* est une nouveauté. Les coûts afférents aux mesures préventives raisonnables ou aux mesures de remise en état effectivement prises ne sont pas les seuls à être pris en charge. Même lorsque les circonstances ne permettent pas de prendre une mesure de remise en état et que, en conséquence, il n'est pas engagé de coût, le pollueur est maintenant tenu d'accorder une compensation non sous la forme d'un paiement monétaire, mais en réaménageant *les habitats dont la conservation présente un intérêt particulier*. [...] les principes directeurs reprennent la for-

[g] Voir doc. ENVWA/R.45, annexe.

[h] *Loc. cit.* (*supra* note 20), p. 137.

mule nouvelle dite d'annulation de créance en échange d'un engagement à préserver l'environnement. Force est cependant de reconnaître que l'expression « mesure raisonnable » peut toujours entraver l'application de cette formule. L'Équipe spéciale a eu un débat très controversé sur l'insertion de cette expression, qui, en définitive, a été retenue pour des raisons d'opportunité politique. On peut illustrer la situation insatisfaisante qui continue d'exister en se référant à l'« affaire de l'Exxon-Valdez ». Comme en l'espèce il était impossible de nettoyer les fonds marins pollués du golfe de l'Alaska en raison de la situation sur le terrain, la firme Exxon a fait l'économie des dépenses de nettoyage, ce qui paraît injuste. D'après les principes directeurs, le pollueur pourrait sans doute être contraint d'accorder une *compensation par équivalent*, par exemple en reconstituant les ressources en poisson ou en aménageant un parc naturel. Assurément, le problème très complexe posé par l'évaluation et le calcul du coût des dégâts écologiques continue de soulever des questions. Mais, d'une manière générale, l'idée d'une « définition du dommage » est bienvenue et doit être appuyée[i].

L'article poursuit et indique la définition que donne le Conseil de l'Europe des *mesures de remise en état* (voir *infra* par. 11).

11. Le projet de convention sur la responsabilité civile des dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement, du Conseil de l'Europe[j], au paragraphe 8 de son article 2 (à l'exception des alinéas *a* et *b* qui sont sensiblement identiques à ceux des principes directeurs[k]), précise :

a) [...]

b) [...]

c) Toute perte ou dommage résultant de l'altération de l'environnement, qui n'est pas considéré comme constituant un dommage au sens des alinéas *a* ou *b* pourvu que les indemnités versées au titre de l'altération de l'environnement [...] soient limitées au coût des mesures de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront;

d) Le coût des mesures de sauvegarde et toute perte ou tout dommage causés par lesdites mesures; [...]

Aux termes du paragraphe 9, on entend par « mesures de remise en état » :

Toutes mesures raisonnables visant à réhabiliter ou restaurer les composantes endommagées ou détruites de l'environnement ou à introduire, s'il est raisonnable, l'équivalent de ces composantes dans l'environnement.

12. Aux termes de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, l'opérateur est objectivement responsable

[...] des dommages à l'environnement de l'Antarctique ou aux écosystèmes dépendants ou associés résultant de ses activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, l'opérateur étant passible d'une indemnité au cas où il n'y a eu de rétablissement au *statu quo ante*

et aux termes de l'alinéa *d* du même paragraphe

[...] du remboursement des coûts raisonnables exposés par quiconque relatifs aux mesures de réaction nécessaires, y compris les mesures de prévention, de limitation, de nettoyage et d'enlèvement, et aux mesures prises en vue de rétablir le *statu quo ante* [...]

13. Aux termes du paragraphe 10 de l'article premier de la CRTD « dommage » signifie :

a) tout décès ou toutes lésions corporelles [...]

b) toute perte ou tout dommage subis [...]

c) toute perte ou tout dommage par contamination à l'environnement causés par les marchandises dangereuses, pourvu que les indemnités versées au titre de l'altération de l'environnement autres que pour le manque à gagner dû à cette altération soient limitées au coût des mesures raisonnables de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront;

d) le coût des mesures de sauvegarde et toute perte ou tout dommage causés par lesdites mesures.

14. Les alinéas *a* et *b* ne posent pas de problèmes dans la mesure où on les retrouve dans toute définition du dommage. La notion de *dommage à l'environnement* qui a été bien accueillie à la CDI et à l'Assemblée générale, lorsqu'ils ont été proposés dans le cinquième rapport[l] n'a cessé d'évoluer. Le sixième rapport a introduit un article 24 (Dommages causés à l'environnement et consécutivement à des personnes ou à des biens). Aux termes du paragraphe 1 de cet article le dommage causé à l'environnement comprenait

[...] les frais de toute opération raisonnable ayant pour objet de remettre, autant que possible, les choses en l'état où elles étaient avant que le dommage ne survienne. Si une remise en l'état intégrale [était] impossible, les États intéressés [pouvaient] se mettre d'accord sur la prestation pécuniaire ou autre incombant à l'État d'origine pour réparer les dégâts[m].

15. On a fait observer, lors du débat sur le projet d'article 24, que les conventions ou projets consacrés au sujet n'avaient pas retenu l'idée d'une indemnité qui irait au-delà du coût des opérations raisonnables visant à rétablir les conditions qui existaient avant la survenance du dommage[n] et que, par la suite, il fallait s'efforcer de suivre cette tendance. Les principes directeurs établis par l'Équipe spéciale de la CEE et le projet du Conseil de l'Europe, cités *supra* respectivement aux paragraphes 10 et 11, sont favorables à une formule semblable à celle préconisée dans le sixième rapport, encore que plus pratique et moins ambitieuse peut-être, car il semble qu'elle n'envisage pas la réparation pécuniaire, qui est plus difficile à déterminer.

16. Il semblerait, à première vue, qu'il convienne de traiter de la notion de dommage aux personnes, aux choses ou à l'environnement dans une disposition unique comportant des alinéas distincts dans le cadre de l'article 2 qui, à l'exemple de la quasi-totalité des instruments étudiés, traite des expressions employées. De même, la définition doit englober non seulement la notion de dommage, mais aussi celle de *dommage transfrontière*, car seul ce type de dommage donne naissance à la responsabilité *internationale*. Le premier paragraphe se lirait donc comme suit :

« On entend par « dommage » :

« *a*) tout décès ou toute lésion corporelle ou toute atteinte à la santé des personnes;

« *b*) le dommage aux biens patrimoniaux;

« *c*) l'altération de l'environnement, étant entendu que, outre le manque à gagner, l'indemnité correspondante comprendra le coût des mesures raisonnables de remise en état ou de restauration qui ont été effectivement prises ou qui le seront;

« *d*) le coût des mesures de sauvegarde, ainsi que les nouveaux dommages causés par lesdites mesures. »

---

[i] Ibid.

[j] Voir *supra* note 8.

[k] Voir *supra* note g.

[l] Pour un résumé des débats, voir *Annuaire... 1989*, vol. II (2e partie), par. 335 à 350, et « Résumé thématique... » (A/CN.4/L.431), sect. B.

[m] Voir *supra* note 7.

[n] Voir, par exemple, Graefrath (*Annuaire... 1990*, vol. I, 2183e séance, par. 51).

17. L'alinéa *l* de l'article 2, tel que proposé dans le sixième rapport[o], serait modifié pour se lire :

« On entend par « mesures de remise en état » les mesures raisonnables destinées à rétablir ou à remettre en état les composantes endommagées ou détruites de l'environnement, ou à introduire, s'il est raisonnable, l'équivalent de ces composantes dans l'environnement. »

18. L'alinéa *m*[p] se lirait comme suit :

« On entend par « mesures préventives » les mesures raisonnables prises par quiconque à la suite d'un incident en vue de prévenir ou de réduire au minimum les dommages visés à l'alinéa... du présent article. »

À cet égard, on retiendra que ces mesures sont entendues dans leur double sens : *a*) les mesures visant à prévenir la survenance d'un incident (et du dommage qu'il entraîne), et *b*) les mesures visant à limiter ou à réduire au minimum les effets nocifs d'un incident qui a déjà eu lieu. En réalité, les conventions ou projets relatifs à la *responsabilité* n'envisagent que cette dernière catégorie de mesures et généralement en tant que *frais supplémentaires* aux autres indemnités à la charge de l'auteur de l'incident. Ces mesures préventives sont souvent prises par l'État affecté ou par des particuliers dans celui-ci, en vue d'éviter que le dommage ne s'étende et ne se développe dans toute son ampleur. En outre, ces mesures constitueraient une obligation à la charge de l'État d'origine si elles étaient prises dans le cadre de sa juridiction ou de son contrôle.

19. La notion de « dommage transfrontière » doit être définie dans un alinéa distinct comme « le dommage causé sur le territoire d'un État ou en des zones placées sous sa juridiction ou sous son contrôle, qui est la conséquence physique d'une des activités visées à l'article premier et qui est menée sous la juridiction ou sous le contrôle d'un autre État ».

20. La question de savoir s'il faut choisir l'adjectif « appréciable » ou l'adjectif « important » pour qualifier le dommage appelle deux observations. Premièrement, l'opinion générale incline en faveur de l'adjectif « important » qui paraît requérir un niveau de dommage quelque peu supérieur à celui que donne à entendre l'adjectif « appréciable » et, surtout, parce que celui-ci n'est pas ambigu, comme cela a déjà été indiqué. Deuxièmement, jusqu'ici, l'essai de définition du seuil du dommage proposé dans le sixième rapport (art. 2, al. *h*)[q] n'a pas fait école. En conséquence, l'une des possibilités qui s'offrent est de renoncer à cette tentative et de laisser à la pratique le soin de déterminer à quel moment un dommage devient « important ». Enfin, les principes directeurs établis par l'Équipe spéciale de la CEE donnent une définition qui pourrait avoir un sort meilleur que l'essai de définition proposé antérieurement. Elle se lit comme suit :

Le seuil du dommage (par opposition à la simple atteinte) est celui reconnu par tous les États ou par les États concernés. Si ce seuil n'a pas fait l'objet d'un accord, il y a dommage lorsqu'un État affecté doit, par suite de l'activité exercée sur le territoire de l'État d'origine, prendre des mesures pour protéger son environnement ou sa population, ou encore des mesures de remise en état[r].

Il est certain qu'un élément de subjectivité est toujours présent, car il se pourrait que l'État qui prend les mesures pour protéger son environnement ou sa population ait un sens plus aigu de la nécessité de protéger l'environnement et la santé publique que l'État d'origine, auquel cas ce dernier trouverait injuste d'être tenu de prendre à sa charge des dépenses afférentes aux mesures qu'il considère comme excessives[s]. Mais cette formule est à tout le moins plus objective que les formules du genre « dommages qui ne sont pas insignifiants ou négligeables ou la simple incommodité » auxquelles on a essayé de faire appel pour définir le seuil insaisissable car, lorsqu'un État prend des mesures ou expose des frais et autres dépenses, il y a lieu de penser qu'il ne cherche pas simplement à gaspiller son argent. On peut également parler de niveaux reconnus dans telle ou telle région, etc. En tout état de cause, si la définition proposée recueille une certaine adhésion, on pourrait l'insérer dans le texte et indiquer dans le commentaire les critères évoqués en vue de faciliter la quantification d'une grandeur que seule une longue pratique internationale peut permettre d'opérer, surtout dans des articles qui envisagent toute activité qui cause ou est susceptible de causer un dommage transfrontière.

---

[o] Voir *supra* note 7.

[p] Ibid.

[q] Ibid.

[r] Par. 16.2 (voir *supra* note g).

[s] Il en fut ainsi, par exemple, de certaines mesures d'intervention prises par des gouvernements d'Europe occidentale lors de l'accident de Tchernobyl, qui ont été considérées comme exagérées par les experts d'autres pays (destruction de productions agricoles qui auraient été exposées à la radioactivité, sacrifice de bétail, etc.).