

Document:-
A/CN.4/SR.1974

Compte rendu analytique de la 1974e séance

sujet:

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

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1986, vol. I

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

est la raison d'être des organisations internationales comme l'AIEA, qui élabore actuellement deux conventions, en matière d'information en cas de catastrophe et en matière de sécurité. Avertir les seuls Etats de la région ne dispense cependant pas l'Etat auteur de l'obligation d'accorder réparation pour le préjudice subi à la suite d'un accident. Si donc la communauté internationale juge licites de telles activités malgré le dommage catastrophique qu'elles peuvent causer, il faut trouver un moyen de limiter l'obligation de réparation qui incombe à l'Etat auteur.

14. Pour terminer, M. McCaffrey dit qu'on peut assimiler le sujet tout entier à une tentative pour codifier les effets de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*. A cet égard, il renvoie les membres de la Commission à son deuxième rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (A/CN.4/399 et Add.1 et 2, par. 125 à 128). L'analogie ne réside pas dans la nature des activités, mais dans la méthode adoptée : les Etats en cause ont négocié, ils ont soumis leur différend à l'arbitrage, et ils ont accepté le régime établi par le tribunal arbitral. Un préjudice causé par une activité exercée conformément à ce régime ne serait pas à proprement parler illicite, mais entraînerait l'obligation d'accorder réparation à raison du dommage causé. Le fonctionnement d'une centrale nucléaire pourrait faire l'objet d'un régime analogue.

15. M. KOROMA approuve la distinction établie par M. McCaffrey entre *acts* et *activities*. Convaincu que la Commission doit s'occuper des faits (*acts*), et non des activités (*activities*), il reviendra sur ce point dans une intervention ultérieure.

La séance est levée à 13 heures.

1974^e SÉANCE

Mardi 24 juin 1986, à 10 heures

Président : M. Doudou THIAM

Présents : le chef Akinjide, M. Arangio-Ruiz, M. Balanda, M. Barboza, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. El Rasheed Mohamed Ahmed, M. Flitan, M. Francis, M. Koroma, M. Laclata Muñoz, M. Mahiou, M. Malek, M. McCaffrey, M. Ogiso, M. Ouchakov, M. Razafindralambo, M. Riphagen, M. Roukounas, sir Ian Sinclair, M. Tomuschat, M. Yankov.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (suite)
[A/CN.4/384¹, A/CN.4/394², A/CN.4/402³,

A/CN.4/L.398, sect. H.1, ILC(XXXVIII)/Conf. Room Doc.5⁴

[Point 7 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Sir Ian SINCLAIR note qu'au cours des années précédentes le sens des termes *responsibility* et *liability* a été source de confusion dans les débats de la Commission. Heureusement les remarques du Rapporteur spécial (A/CN.4/402, par. 2 à 5) éclairent d'un jour nouveau la distinction entre ces deux termes. Sir Ian est particulièrement frappé par l'observation de L. F. E. Goldie, citée dans le rapport à l'examen (*ibid.*, par. 4), selon laquelle, dans le contexte des articles VI et XII de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux⁵ et de l'article 235 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 :

[...] le mot *responsibility* est utilisé pour exprimer une obligation ou pour désigner les normes que le système juridique impose en matière de comportement social, tandis que le mot *liability* se rapporte aux conséquences de la non-exécution de l'obligation ou du non-respect des normes requises. Autrement dit, *liability* suppose l'idée d'une réparation légale, une fois la *responsibility* établie. [...].

2. C'est dans ce sens large qu'il faut interpréter ces deux notions dans le cadre du présent sujet. La confusion vient en partie de l'idée que dans le droit international traditionnel il n'y a de responsabilité (*responsibility*) de l'Etat que si celui-ci a commis un fait internationalement illicite, et cette façon de voir est à la base de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats. Mais, étant donné que le terme « responsabilité » a un sens plus large en droit civil comparé, où il vise les obligations ou les normes que la loi impose à l'exercice de toute fonction dans la société, on est inévitablement amené à se demander si l'on ne peut pas tirer du droit international des obligations ou des normes analogues pour les activités qui, bien que non illicites dans le territoire où elles sont menées, ont ou peuvent avoir des conséquences préjudiciables pour des personnes ou des objets se trouvant en dehors de ce territoire. Pour sa part, sir Ian pense que la réponse à cette question doit être affirmative. La notion de *responsibility*, dans ce sens large, doit donc s'appliquer aussi aux activités licites exercées à l'intérieur d'un territoire et qui causent ou peuvent causer un préjudice matériel transfrontière, et la notion résultante de *liability*, qui, dans cette optique, est limitée aux conséquences du non-accomplissement des obligations ou du non-respect des normes imposées par la loi, doit elle aussi s'appliquer à ces activités. Dans ce sens plus large et plus général, la notion de *responsibility* englobe la notion résultante et plus étroite de *liability*, et ne se limite pas aux faits internationalement illicites.

⁴ L'ébauche de plan, présentée par le précédent Rapporteur spécial, R. Q. Quentin-Baxter, à la trente-quatrième session de la Commission, est reproduite dans *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 86, par. 109. Les modifications apportées à ce texte dans le quatrième rapport de R. Q. Quentin-Baxter, soumis à la trente-cinquième session de la Commission, sont indiquées dans *Annuaire... 1983*, vol. II (2^e partie), p. 90, par. 294.

⁵ Voir 1972^e séance, note 12.

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie)/Add.1.

² Reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie).

³ Reproduit dans *Annuaire... 1986*, vol. II (1^{re} partie).

3. On en arrive ainsi aux problèmes conceptuels que le Rapporteur spécial étudie dans son rapport, sous le titre « L'unité du sujet » (*ibid.*, par. 6 à 10). Bien que l'analyse du Rapporteur spécial (*ibid.*, par. 7) ait d'abord suscité certaines réserves de sa part, sir Ian, après mûre réflexion, convient que, dans le cadre du sujet à l'examen, la prévention et la réparation tombent sous le coup des règles primaires. Pour la prévention, cela est incontestable. Cela semble vrai aussi pour la réparation, du moins lorsque sont remplies certaines conditions, dont il a déjà parlé dans ses interventions précédentes. Il faut en particulier que l'activité soit telle que le risque d'un préjudice matériel transfrontière soit connu de l'Etat d'origine. Si cet Etat autorise la construction, près de sa frontière avec un autre Etat, d'une usine de produits chimiques ou d'un réacteur nucléaire, il sera présumé avoir accepté le risque d'un tel préjudice en cas d'accident.

4. Cependant, la réalité n'est pas toujours aussi simple, et l'on a déjà évoqué plusieurs cas d'activités étroitement surveillées par l'Etat d'origine, mais dont les risques n'étaient pas ou ne pouvaient pas être connus de cet Etat à l'époque où il avait autorisé la poursuite de ces activités. C'est ainsi que les découvertes scientifiques et médicales font constamment sentir leur effet sur le droit. L'Etat d'origine doit-il alors être tenu pour responsable des conséquences — conséquences directes, en général, ou conséquences raisonnablement prévisibles — de l'autorisation qu'il a donnée pour poursuivre une activité dont, faute de preuves scientifiques ou médicales, il ne savait pas ou ne pouvait pas savoir qu'elle était intrinsèquement dangereuse pour des personnes et des objets se trouvant en dehors de son territoire ? Posée sous cette forme, la question semble appeler une réponse négative. Mais qui doit alors réparer la perte ou le préjudice subi ? Peut-être que, dans de telles circonstances, ce sera l'Etat où cette perte ou ce préjudice se sont produits, précisément parce que l'Etat d'origine ne pouvait savoir, à l'époque où il a autorisé la poursuite de l'activité, que celle-ci causerait ou pouvait causer un préjudice matériel transfrontière.

5. La question se pose de façon plus aiguë lorsque l'Etat d'origine sait que la poursuite de l'activité peut causer un préjudice matériel transfrontière, mais en ignore l'ampleur. L'Etat doit-il, dans ce cas, être tenu pour responsable de toutes les conséquences directes de la poursuite de l'activité, telles que matérialisées par la perte ou le préjudice causé à des personnes ou à des objets se trouvant en dehors de son territoire, ou seulement des conséquences raisonnablement prévisibles ? C'est là un domaine où une analyse poussée du droit comparé semble s'imposer.

6. La Commission s'est déjà demandé si le régime général proposé — qui comporte une double obligation, de prévention et de réparation — devait être limité aux activités présentant un « risque exceptionnel ». C'est une question sur laquelle sir Ian n'a toujours pas d'idée arrêtée. Certes, tout le monde sait, en gros, quelles sont les activités qui peuvent, dans l'état actuel des connaissances humaines, présenter un risque exceptionnel. Aux exemples qui viennent naturellement à l'esprit, comme la construction et l'exploitation de réacteurs nucléaires à des fins pacifiques, ou d'usines fabriquant des matières

chimiques dangereuses ou toxiques, on peut en ajouter d'autres, telle la construction de barrages à proximité d'une frontière internationale. Mais ces exemples ne font qu'illustrer l'état actuel des connaissances scientifiques ou médicales. Or, les activités qui présentent aujourd'hui un « risque exceptionnel » ne comporteront peut-être demain qu'un risque ordinaire, et *vice versa*. Il est donc douteux que l'on puisse établir une distinction nette entre les activités qui présentent un « risque exceptionnel » et les autres. Un régime général ne saurait reposer sur une telle distinction, pour prudente et nuancée qu'elle soit.

7. La partie du rapport qui traite du préjudice causé en l'absence du régime conventionnel, est la plus intéressante et la plus stimulante, et sir Ian félicite le Rapporteur spécial pour le point de vue équilibré qu'il a adopté, notamment à propos de la responsabilité objective et du principe de la souveraineté des Etats (*ibid.*, par. 52 et 53). Il est tout particulièrement frappé par l'observation selon laquelle « la souveraineté, comme le dieu Janus, a deux visages » (*ibid.*, par. 53), ainsi que par la démonstration de la manière dont il faut envisager la souveraineté dans le contexte de l'interdépendance des Etats. Un événement récent, extrêmement pertinent au regard du sujet à l'examen, et dont M. Ouchakov a parlé (1973^e séance), corrobore cette conception de la souveraineté nationale. L'accident de Tchernobyl — à propos duquel sir Ian exprime à M. Ouchakov et, par son intermédiaire, au peuple russe, sa profonde sympathie pour les pertes en vies humaines et le préjudice potentiel à long terme qui a été subi — montre bien l'ampleur du problème. Les effets de cet accident ont été ressentis bien au-delà des frontières de l'Union soviétique. Sans doute, comme l'a dit M. Ouchakov, cette circonstance rend-elle impérieuse la nécessité d'élaborer des régimes destinés à prévenir de tels accidents à l'avenir, mais elle soulève aussi, en lui conférant un caractère d'extrême gravité, la question de la responsabilité (*liability*) pour le préjudice matériel transfrontière. Tout récemment, le Gouvernement britannique s'est vu dans l'obligation d'interdire pour un certain temps l'abattage des agneaux dans certaines régions montagneuses, les taux de radioactivité constatés chez ces animaux ayant quadruplé à la suite de la catastrophe de Tchernobyl. A qui devrait incomber la responsabilité (*liability*) pour les pertes subies du fait de cette interdiction ? Il serait tout à fait inéquitable qu'elle incombât aux agriculteurs lésés par l'interdiction. Il serait tout aussi inéquitable qu'elle retombât sur le Gouvernement britannique, qui n'est aucunement responsable, ni au sens étroit ni au sens large, des événements qui sont à l'origine du préjudice subi.

8. La Commission n'est pas le lieu qui convient pour débattre de la responsabilité de tel ou tel accident ayant causé un préjudice transfrontière. Nul n'ignore que l'homme est imparfait. Malgré les énormes progrès du siècle dans la compréhension des secrets de la nature, plus l'homme fait de découvertes et moins il connaît les mystères les plus profonds. Pour reprendre les paroles de Shakespeare, c'est là où l'homme est le plus sûr de lui qu'il est le plus ignorant. Mais l'homme, habitant provisoire de la planète, a le devoir, non seulement envers sa génération, mais aussi envers les générations futures, d'exercer ses activités de manière à ne pas causer de

torts, et, si un tort est néanmoins causé, de le réparer. Ce principe demande évidemment à être précisé dans le présent contexte, à la faveur d'une démarche allant de l'abstrait au particulier. Le Rapporteur spécial s'est fort bien attaqué aux problèmes difficiles qui se posent à cet égard.

9. M. RIPHAGEN rappelle que Démocrite, il y a plus de 2 000 ans, affirmait que « tout ce qui existe dans l'univers est le fruit du hasard et de la nécessité ». Le biologiste français Jacques Monod a repris ce thème dans son célèbre ouvrage⁶, et un psychologue comme Freud n'avait pas manqué d'être frappé par l'idée que le comportement de l'homme pouvait être ramené aux lois de la nature. Mais, pour le juriste, c'est le comportement de l'individu libre qui est le point de départ; le rôle de l'individu est pour lui la préoccupation fondamentale. Ce thème a un rapport étroit avec le sujet à l'examen et ses limitations *a priori*, à savoir les activités physiques donnant lieu à un préjudice matériel transfrontière (« nécessité »), et le facteur de la contribution humaine au risque (« hasard »).

10. Ces deux limitations sont la condition préalable à la jonction de questions qui, sans cela, seraient distinctes : la prévention et la réparation; les mesures de prévention et les mesures de répression, qui sont séparées dans le temps; les règles primaires et les règles secondaires; les situations bilatérales et les situations multilatérales. Cependant, même quand ces deux limitations sont présentes, cette jonction crée de nombreuses difficultés, notamment lorsqu'elle entre en conflit avec le dogme de la souveraineté des Etats, qui est à la base du droit international. Un tel conflit oblige inévitablement à tenir compte, sous réserve des ajustements nécessaires, des règles normales de la responsabilité des Etats. Il tend aussi à souligner la nécessité d'un régime international minimal, en commençant par le « devoir » assez imprécis qu'ont les Etats « de coopérer », devoir qui englobe celui de s'informer mutuellement.

11. S'agissant de l'adaptation des règles normales de la responsabilité des Etats, il paraît clair qu'on ne saurait transplanter dans le sujet à l'examen l'élément subjectif représenté par les « personnes agissant au nom de l'Etat ». La responsabilité (*liability*) en question va en effet plus loin, puisqu'elle s'applique aux activités et situations qui ont lieu « sur le territoire ou sous le contrôle » de l'Etat. Elle suppose, par conséquent, l'obligation d'exercer un contrôle — en d'autres termes, une juridiction. Mais jusqu'où va cette obligation ?

12. Il découle des deux limitations *a priori* du sujet que, normalement, les activités et situations visées présentent tout d'abord un « risque » pour le territoire de l'Etat sur lequel elles ont lieu. Il y a donc de fortes chances que l'Etat territorial ait institué un contrôle sur ces activités, par des mesures législatives ou autres. L'obligation internationale minimale serait alors que, dans l'exercice de ce contrôle, l'Etat traite les effets subis à l'intérieur de ses frontières et les effets transfrontières de la même façon, autrement dit ce serait une obligation de non-discrimination. Or, à l'heure actuelle, certains

Etats n'agissent pas conformément à cette obligation, faute peut-être de réciprocité.

13. Avant l'obligation de non-discrimination, cependant, vient l'obligation d'instituer un contrôle sur les activités et situations en question. C'est là que la question de l'« origine » de l'obligation — autrement dit l'élément « objectif » de l'obligation — prend toute son importance. Et, là encore, il semble qu'on ne puisse s'en tenir aux règles normales de la responsabilité des Etats, et qu'il faille faire jouer la notion plus vague d'« anticipations communes », qui est normalement associée au *soft law*. A cet égard, il est significatif que le Rapporteur spécial ait insisté sur l'élément de « dommage », contrairement aux règles sur la responsabilité des Etats, que la Commission a déjà adoptées, car alors que toutes les obligations ou quasi-obligations sur cette question sont des « obligations de résultat », au sens des articles 21 et 23 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats⁷, il faudra, dans le cas présent, les traduire en obligations ou quasi-obligations exigeant l'adoption d'un comportement spécifiquement déterminé, au sens de l'article 20 du même projet d'articles. Mais, dans l'intervalle, c'est-à-dire en attendant que l'adage *sic utere tuo* donne naissance à des obligations ou quasi-obligations juridiquement intelligibles, le droit ne saurait demeurer muet, même s'il doit nécessairement être axé sur l'indivisibilité entre l'environnement physique, l'aspect procédural du comportement des Etats et la répartition des risques.

14. Il semble que, dans ce contexte, il faille inévitablement remplacer la notion mystique de souveraineté territoriale par une notion plus positive de divisions fonctionnelles, ou du moins l'adapter à une telle notion, qui à son tour ne peut s'affranchir entièrement de la notion temporelle consacrée par un autre adage, *qui prior ex tempore potior ex jure*, lequel présente des inconvénients analogues à ceux de l'adage *sic utere tuo*. Par exemple, s'il y a obligation de notification préalable pour l'Etat qui envisage de modifier le milieu naturel, le léger déséquilibre ainsi créé est rétabli par le fait que, dans ce cas, la modification doit être le résultat d'une activité comportant un risque exceptionnel.

15. Toutefois, l'expérience acquise en Europe et en Afrique montre que des anticipations communes supposent un minimum de planification commune. Si, par exemple, dans un Etat africain, la politique de protection des espèces menacées a pour conséquence d'interdire aux paysans d'abattre des éléphants qui détruisent leurs cultures en passant sur leurs terres, mais accorde en même temps à ces paysans un droit de réparation, il serait excessif d'exiger, au nom de la non-discrimination, réparation pour les paysans de l'Etat voisin, où l'abattage des éléphants n'est pas interdit. Un autre exemple concerne l'Europe, où les activités de l'OCDE dans le domaine de la lutte contre la pollution transfrontière ont débouché sur l'adoption d'une sorte de clause de sauvegarde visant les politiques non coordonnées d'utilisation des sols⁸. Dans un autre cas encore, où l'environnement semble divisible du point de

⁷ *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 31.

⁸ Recommandation du Conseil de l'OCDE, du 17 mai 1977 [C(77)28(Final)], annexe, titre A, par. 3, al. c (*L'OCDE et l'environnement*, Paris, 1979, p. 129 et 130).

⁶ *Le hasard et la nécessité. Essai sur la philosophie naturelle de la biologie moderne*, Paris, Editions du Seuil, 1970.

vue territoriale, la France fait d'importantes économies en déversant dans le Rhin les déchets salins de ses usines de potasses, mais la purification des eaux du Rhin coûte très cher aux Pays-Bas. Que fera le droit international dans ce genre de situation ? De toute évidence, la solution réside dans le partage de la charge financière, et c'est ailleurs ce qui est prévu dans le traité qui a été conclu en la matière⁹.

16. Le partage de la charge constitue manifestement une forme de réparation qui, dans certains cas, peut être accordée à l'Etat d'origine plutôt qu'à l'Etat affecté. Mais, en tout état de cause, la question est entièrement différente de celle de la réparation dans le contexte de la responsabilité des Etats.

17. Il n'existe aucune mesure de prévention absolue, si ce n'est de s'abstenir de mener toute activité susceptible de causer un préjudice. L'élément « hasard » risque toujours de surgir, et c'est là qu'intervient le problème de la répartition des risques. Normalement, en cas de hasard pur, le droit fait supporter la perte à qui la subit, comme sir Ian l'a relevé. Pourquoi en irait-il autrement dans le sujet à l'examen ? La réponse est que l'activité visée ici comporte en elle-même un risque exceptionnel. Mais, comme sir Ian et M. Ouchakov (1973^e séance) l'ont signalé, il faut aussi s'interroger sur le sens de l'expression « risque exceptionnel ». Peut-on déduire, du fait qu'une activité a lieu dans tous les Etats intéressés, que cette activité ne présente pas en soi un risque exceptionnel ? L'autre question qui se pose est celle des avantages que l'Etat d'origine tire de l'activité : dans les cas limites, en particulier, il peut arriver que tous les avantages soient pour un Etat et tous les risques pour un autre.

18. La notion de nécessité présuppose la connaissance des lois de la nature. Or, cette connaissance est très limitée, et se constitue essentiellement *a posteriori*. La loi ne peut donc aller au-delà de l'état des connaissances admises à l'époque où elle est promulguée; la loi est donc imparfaite par définition. Dans ces conditions, le juriste doit chercher un substitut dans le comportement procédural, c'est-à-dire dans l'information et la consultation en toute bonne foi. A cette obligation primaire d'information et de consultation, il est difficile d'ajouter une règle secondaire visant la responsabilité des Etats. Néanmoins, l'absence d'information et de consultation peut fort bien constituer un élément de fait autorisant à déplacer le risque vers l'Etat d'origine qui ne s'est pas acquitté de cette quasi-obligation.

19. M. CALERO RODRIGUES, se référant à l'ébauche de plan rédigée par le précédent Rapporteur spécial, note que le champ d'application du sujet y est défini comme étant les activités physiques qui causent ou peuvent causer un préjudice matériel transfrontière, expression qui s'entend d'un préjudice d'une certaine ampleur. Cependant, sir Ian Sinclair et M. Ouchakov (1973^e séance) ont signalé les difficultés qui se posent, dès lors qu'on tente de définir la notion de préjudice. Cette notion vise-t-elle seulement les accidents ayant les

dimensions d'une catastrophe, ou s'applique-t-elle aussi aux dommages plus progressifs comme ceux causés par les pluies acides ? L'autre question qui se pose est celle du manque de connaissances scientifiques, comme le montre la controverse sur les dangers causés à la couche d'ozone. La construction d'un arsenal nucléaire serait-elle considérée comme étant potentiellement plus « catastrophique » que celle d'une centrale nucléaire à des fins pacifiques ? De l'avis de M. Calero Rodrigues, il faudrait définir le champ d'application du sujet de façon plus précise que dans l'ébauche de plan, et c'est à quoi le Rapporteur spécial devrait s'attacher en priorité.

20. L'ébauche de plan fait état de deux types d'obligations primaires — l'obligation (*responsibility*) de prévenir le dommage, et l'obligation (*liability*) de réparer —, et tout le monde est d'accord pour considérer que les deux choses sont étroitement liées. Pour sa part, M. Calero Rodrigues, après avoir pensé que la *liability* supposait l'existence d'un dommage, reconnaît, vu les aspects sociaux du sujet, que la Commission doit également étudier la question de la prévention. Dans l'ébauche de plan, la prévention se ramène à une série d'obligations procédurales : fournir des informations, coopérer en vue de la création d'un mécanisme d'enquête et négocier. M. Ouchakov a indiqué quelques-uns des problèmes qui se posent à propos de ces obligations procédurales, et il y aura lieu de souligner le rôle des organisations internationales à cet égard, comme le dit fort bien le Rapporteur spécial dans son rapport (A/CN.4/402, par. 11, c).

21. Mais quel que soit le type de régime qui sera institué, et même si ce régime est rigoureusement observé, il risque toujours d'y avoir préjudice. On en arrive ainsi à ce que le précédent Rapporteur spécial appelait le « monstre » de la responsabilité objective, monstre auquel les Etats ne sont guère disposés à se soumettre. Il faut cependant admettre une certaine obligation de réparer, et la grande difficulté est de déterminer l'étendue de la réparation. L'ébauche de plan fixe certaines limites à cette réparation, en fonction des anticipations communes — notion sur laquelle M. Calero Rodrigues a quelques doutes — et des mesures de prévention, dont la nature doit être déterminée par voie de négociations. De l'avis de M. Calero Rodrigues, il faudrait s'arrêter plus longuement sur le principe des réparations. Il ne suffit pas de dire qu'elles seront déterminées par voie de négociations : il faut énoncer certains principes directeurs, si généraux soient-ils, pour les négociations.

22. En ce qui concerne la notion de prévention, M. Calero Rodrigues pense que le principe de la diligence due (*due care*) est essentiel, et que les obligations procédurales sont secondaires. Selon le précédent Rapporteur spécial, les obligations de procédure ne devaient pas donner naissance à un droit d'action; mais l'actuel Rapporteur spécial propose de faire de ces obligations des obligations absolues, en supprimant, au paragraphe 8 de la section 2 et au paragraphe 4 de la section 3, la mention du « droit d'action ». M. Calero Rodrigues n'est pas convaincu qu'on améliore le texte en érigeant ces obligations procédurales en obligations absolues, car cela n'encouragerait pas à coopérer. Par ailleurs, contrairement au Rapporteur spécial, il ne voit pas en quoi l'article 73 de la Convention de Vienne de

⁹ Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures, signée à Bonn le 3 décembre 1976 (*Journal officiel de la République française, lois et décrets*, 117^e année, n° 215, 15 septembre 1985, p. 10614).

1969 sur le droit des traités étaye l'idée de considérer les obligations de procédure comme des obligations absolues (*ibid.*, par. 41, a). Il n'est pas persuadé non plus par cette autre observation du Rapporteur spécial : « Si le texte de l'ébauche de plan est laissé tel quel, peut-être l'Etat affecté serait-il privé de cette faculté que lui ouvre le droit international général » (*ibid.*). D'abord, ledit Etat n'est qu'un Etat « potentiellement » affecté; ensuite, les menaces de rétorsion ne semblent pas être le meilleur moyen de favoriser la coopération.

23. M. Calero Rodrigues n'est pas certain de la justesse de la conclusion du Rapporteur spécial, selon laquelle « les obligations d'informer et de négocier sont suffisamment établies en droit international pour que leur violation engendre l'illicéité [...] » (*ibid.*, par. 67). Par contre, il souscrit à ce que le Rapporteur spécial affirme à propos de l'obligation qu'expriment les paragraphes 8 de la section 2 et 4 de la section 3 de l'ébauche de plan (*ibid.*, par. 66, 1^{re} phrase). L'un des problèmes qui se posent ici est celui du lien entre la réparation — en cas de préjudice — et la prévention. Le « préjudice » est en effet au centre des deux institutions, et tout régime adopté sur le plan international devra avoir pour but d'établir des mesures de prévention, afin d'empêcher ou de limiter les risques de préjudice. Le même résultat pourrait d'ailleurs être atteint par une action unilatérale de l'Etat d'origine — lequel, somme toute, doit prendre en considération ses propres intérêts. A cet égard, M. Calero Rodrigues n'est pas sûr d'avoir compris ce que le Rapporteur spécial entend par « prévention après l'événement » (*ibid.*, par. 46).

24. Il reste un gros effort à faire pour préciser la portée du sujet à l'examen. Des éclaircissements viendront probablement à mesure que la Commission examinera les projets d'articles. Pour terminer, M. Calero Rodrigues recommande aux membres de la Commission de ne pas attacher trop d'importance aux aspects procéduraux de la question de la prévention.

25. M. FLITAN a deux remarques d'ordre général à faire avant de passer au contenu du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/402). D'abord, comme le Rapporteur spécial le faisait lui-même observer dans son rapport préliminaire, « le devoir de réparer se trouve quelque peu noyé au milieu des procédures de la section 4 de l'ébauche de plan » (A/CN.4/394, par. 16, d). C'est là un défaut qu'il conviendra de corriger dans le projet d'articles, dont l'étude permettra d'ailleurs à la Commission de mieux cerner le contenu du sujet.

26. Ensuite, le sujet à l'examen ne se situe pas sur le terrain politique : il se rattache à la question du développement. Autrement dit, c'est moins un problème Est-Ouest qu'un problème Nord-Sud. En effet, si, en théorie, tout Etat peut être auteur ou victime d'un préjudice, dans la pratique les auteurs sont le plus souvent des Etats développés, et les victimes des Etats en développement. On verra, dans les projets d'articles que présentera le Rapporteur spécial, comment celui-ci envisage de tenir compte des intérêts des pays en développement, ainsi qu'il s'est engagé à le faire dans son rapport préliminaire (*ibid.*, par. 17).

27. Dans le chapitre I^{er} de son deuxième rapport, où il traite successivement de l'emploi de certains termes, de l'unité du sujet et de sa portée, le Rapporteur spécial souligne avec raison que la distinction faite dans le droit anglo-saxon entre *liability* et *responsibility* ne se ramène pas à un simple problème linguistique (A/CN.4/402, par. 2). A ce sujet, M. Flitan partage le point de vue exprimé par le précédent rapporteur spécial dans son cinquième rapport, à savoir que

L'expression *responsibility and liability* (responsabilité), telle qu'elle est employée dans le texte anglais de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, correspond [...] étroitement aux deux aspects de la prévention et de la réparation, qui sont à la base du sujet à l'étude¹⁰.

28. De cette distinction entre *liability* et *responsibility*, à laquelle fait pendant la distinction entre obligation de prévention et obligation de réparation, le Rapporteur spécial tire un certain nombre de conclusions, que M. Flitan approuve. La première est que certaines personnes sont tenues à certaines obligations précises avant même que ne se produise l'événement qui entraîne des conséquences préjudiciables. La deuxième est que l'Etat est donc responsable des conséquences préjudiciables de certaines activités menées sur son territoire ou sous son contrôle. L'expression générale « sous son contrôle » est préférable à l'expression « sous sa juridiction », qui, vu tous les cas de figure possibles, paraît trop limitative. La troisième est que l'Etat est tenu en même temps à une obligation de prévention, c'est-à-dire qu'il doit tout mettre en œuvre pour éviter l'apparition de conséquences préjudiciables ou pour en limiter l'ampleur.

29. Ainsi la base du continuum prévention-réparation est bien la prévention, en tout cas pour certaines catégories d'activités. Mais il faudra sans doute établir une distinction plus nette entre les activités visées, car on ne saurait prévoir la même procédure pour toutes : il y a des activités qui causent occasionnellement un préjudice et d'autres qui ont en permanence des conséquences préjudiciables mineures. En outre, dans le cas de certaines activités, on peut exclure la notion de prévention et ne retenir que l'idée de réparation.

30. Le Rapporteur spécial propose à juste titre de retenir, comme critère unificateur de la prévention et de la réparation, la notion de préjudice, qui permet en outre de dissocier le sujet à l'examen de celui de la responsabilité des Etats. Mais c'est là un point qu'il faudra éclaircir, car s'il est évident qu'il ne peut y avoir de responsabilité objective sans préjudice, en revanche il peut y avoir responsabilité de l'Etat pour fait illicite sans être subordonnée à l'existence d'un préjudice.

31. A propos de la portée du sujet, le Rapporteur spécial rappelle que l'élément déterminant de l'ébauche de plan est l'obligation qui incombe à l'Etat d'origine d'éviter, de limiter ou de réparer toute perte ou préjudice matériel transfrontière dans les cas où le risque lié à la conduite d'une activité donnée est prévisible. On peut, en effet, pour créer une certaine dynamique, énoncer une obligation de prévention dans de tels cas, mais il y a aussi des cas où la prévision du risque n'est pas possible. Cela prouve une fois encore que l'ébauche de plan

¹⁰ *Annuaire... 1984*, vol. II (1^{re} partie), p. 178, doc. A/CN.4/383 et Add.1, par. 40.

ne distingue pas assez entre les différentes catégories d'activités.

32. Par ailleurs, le préjudice visé est le préjudice matériel transfrontière. Or, les activités que les Etats mènent au-delà de leurs frontières, par exemple en haute mer, peuvent elles aussi causer des préjudices. Ce cas devrait lui aussi être prévu dans le projet d'articles.

33. Il conviendra également d'étudier en détail le rôle que peuvent jouer les organisations internationales. Prévoir le devoir de coopérer par l'intermédiaire de ces organisations est une excellente chose, mais peut-être faudrait-il aller encore plus loin et dire que les Etats ont l'obligation d'informer les organisations internationales compétentes, et que ces dernières ont l'obligation de coopérer de bonne foi à l'établissement d'un régime idoine. On pourrait même envisager, dans certains cas, d'étendre l'obligation de réparer à ces organisations, ce qui, bien entendu, ne modifierait en rien l'obligation de réparer qui incomberait à l'Etat auteur du préjudice.

34. Le régime de la responsabilité collective se heurte à une forte hostilité, mais, comme le Rapporteur spécial le fait observer (*ibid.*, par. 52 et 53), l'obligation de réparer procède du principe même de la souveraineté. On ne voit pas pourquoi certains Etats devraient supporter les conséquences préjudiciables des activités menées par d'autres Etats. Le principe qui prévoit que ces derniers doivent réparer les préjudices résultant des activités qu'ils mènent est donc tout à fait équitable.

35. En ce qui concerne la répartition des coûts, M. Flitman invite le Rapporteur spécial à réfléchir encore à cette question. Attendu que les activités susceptibles d'avoir des conséquences préjudiciables profitent à l'Etat qui mène ces activités, ne serait-il pas normal que ce soit lui qui en supporte les conséquences ? Pour ce qui est de déterminer les préjudices, le Rapporteur spécial pourrait s'inspirer des conventions internationales applicables à certaines activités.

36. M. OGISO dit que le rapport très détaillé du Rapporteur spécial (A/CN.4/402) est un document de base précieux pour l'examen du sujet. Plusieurs orateurs, notamment sir Ian Sinclair et M. Riphagen, ont soulevé la question de savoir s'il convenait de faire référence, dans le sujet à l'examen, au préjudice « matériel » transfrontière. Le Rapporteur spécial lui-même, dans la partie de son rapport consacré à la portée du sujet, fait expressément référence à un « préjudice matériel transfrontière » (*ibid.*, par. 11, a), mais, par la suite, le Rapporteur spécial parle de « dommages transfrontières » (*ibid.*, par. 23) ou de « préjudice transfrontière » (*ibid.*, par. 30), sans préciser que ces dommages ou ce préjudice doivent être « matériels ». M. Ogiso rappelle que le précédent Rapporteur spécial s'était penché sur la question et avait évoqué dans son cinquième rapport « l'élément conséquence matérielle »¹¹. De même, la Commission, dans son rapport sur sa trente-sixième session, avait noté que « le sujet tel qu'il était désormais esquissé avait pour élément central l'existence d'une conséquence matérielle produisant des effets transfrontières¹² ». L'élément matériel est donc l'une des

composantes fondamentales du sujet à l'examen. M. Ogiso ne croit pas que l'omission de cet élément dans les chapitres II et III du rapport du Rapporteur spécial soit voulue. Il lui recommande néanmoins de ne pas manquer d'employer, dans ses travaux ultérieurs, l'adjectif « matériel » à propos des conséquences transfrontières ou du préjudice transfrontière. L'élément transfrontière et l'élément matériel sont essentiels au même titre.

37. Il semble que, de l'avis général de la Commission, l'Etat d'origine ait l'obligation de fournir des informations sur toute activité pouvant causer un préjudice matériel transfrontière, ces informations devant être fournies à la demande de l'Etat affecté. M. Ogiso souscrit à l'idée que tel est le premier devoir de l'Etat d'origine. Toutefois, en mentionnant ce devoir, le Rapporteur spécial a omis de relever une exception importante, à savoir que l'Etat ne peut être tenu de fournir des informations touchant les secrets d'Etat ou les secrets commerciaux. Ce cas est du reste prévu au paragraphe 3 de la section 2 de l'ébauche de plan.

38. En ce qui concerne l'obligation de négocier, le Rapporteur spécial parle de « mécanisme d'établissement des faits » (*ibid.*, par. 38). M. Ogiso ne doute pas de la nécessité de ce type de mécanisme, mais pense qu'il faudrait formuler en termes plus généraux l'obligation s'y rapportant. Le précédent Rapporteur spécial était d'avis que l'Etat d'origine devait jouir d'une certaine liberté de choix à cet égard. Or, des dispositions trop précises sur la procédure de négociation risqueraient de limiter cette liberté de choix. D'ailleurs, l'actuel Rapporteur spécial souscrit pour l'essentiel à cette façon de voir (*ibid.*, par. 40). A ce propos, M. Ogiso partage l'avis de M. Calero Rodrigues au sujet de la proposition du Rapporteur spécial tendant à supprimer la première phrase des paragraphes 8 de la section 2 et 4 de la section 3 de l'ébauche de plan (*ibid.*, par. 41, c).

39. Pour ce qui est de la responsabilité objective, le Rapporteur spécial semble s'écarter quelque peu de la position adoptée par son prédécesseur, en citant dans son rapport des exemples où la responsabilité est « moins stricte », et d'autres où la « responsabilité objective » s'entend du renversement de la charge de la preuve.

40. Selon M. Ogiso, le régime à appliquer en la matière est un régime de responsabilité moins stricte. A cet égard, il relève dans le rapport le passage significatif suivant :

[...] selon le régime que prévoit le projet, il s'agira d'un préjudice dont la responsabilité incombera en principe à l'Etat d'origine, étant donné qu'en principe également la victime innocente ne s'accommodera pas de ce préjudice [...]. (*ibid.*, par. 35.)

Il semble ressortir de ce passage qu'un régime de responsabilité objective est en principe applicable. Or, ce point de vue s'écarter sensiblement de celui adopté par le précédent Rapporteur spécial, pour qui le régime de la responsabilité objective était certes applicable en vertu de certains traités visant des dangers particuliers, comme les accidents nucléaires ou la pollution causée par les navires pétroliers, mais cette application ne pouvait déborder sans danger le domaine des accords internationaux particuliers. C'est précisément en remplacement d'un tel régime que le précédent Rapporteur spécial

¹¹ *Ibid.*, p. 167, par. 17 et suiv.

¹² *Annuaire... 1984*, vol. II (2^e partie), p. 76, par. 225.

avait formulé le principe de l'équilibre des intérêts entre l'Etat d'origine et l'Etat affecté, et prévu l'obligation de négocier sur la base de ce principe. M. Ogiso recommande donc au Rapporteur spécial d'étudier attentivement le principe de l'équilibre des intérêts avant de se prononcer sur l'application du régime de la responsabilité objective au sujet à l'examen.

41. A ce propos, il est significatif que, dans plusieurs des rapports du précédent Rapporteur spécial, il soit généralement question du « devoir » et non de « l'obligation » de fournir des informations ou de négocier. De l'avis de M. Ogiso, la notion de « devoir » est un peu plus large que la notion d'obligation juridique. Cette notion de devoir, qui peut être rattachée aux notions de bonne foi et de bon voisinage, est, par ailleurs, conforme au principe 21 de la Déclaration de Stockholm de 1972¹³.

42. M. Ogiso voit dans les efforts du précédent Rapporteur spécial une tentative pour résoudre la question de la réparation sans recourir immédiatement au régime de la responsabilité objective — d'où le recours à la notion d'équilibre des intérêts. Quant à savoir comment réaliser cet équilibre, la Commission pourra étudier la question à un stade ultérieur de ses travaux.

43. Enfin, M. Ogiso souscrit pleinement aux observations du Rapporteur spécial concernant le rôle que pourraient jouer les organisations internationales (*ibid.*, par. 11, c).

44. M. BARBOZA (Rapporteur spécial) précise qu'il n'entend pas s'écarter sensiblement de la conception que l'ancien Rapporteur spécial se faisait de la responsabilité objective, comme M. Ogiso semble le penser, mais que, au stade actuel de l'examen du sujet, il ne voit pas d'autre solution que l'application d'une responsabilité objective, assortie des mécanismes proposés par son prédécesseur. En aucun cas, en effet, la responsabilité objective ne serait engagée automatiquement; du reste, l'institution d'un tel régime serait difficile dans l'état actuel du développement du droit international. Tout projet devra donc tenir compte de l'idée de base qui inspirait les rapports antérieurs : atténuer le régime de la responsabilité objective en prévoyant un certain nombre de « garde-fous ». Le Rapporteur spécial fera à ce sujet plusieurs propositions à la Commission, concernant notamment un régime d'exceptions qui n'était pas envisagé dans les rapports précédents, encore très schématiques.

45. M. OUCHAKOV, se référant au paragraphe 2, al. d, ii, de la section 1 de l'ébauche de plan, se demande quels sont les Etats qui seront informés d'une activité à risque menée à bord des navires ou aéronefs sous contrôle d'un Etat, et avec quels Etats celui-ci devra négocier.

46. M. BARBOZA (Rapporteur spécial) regrette de ne pouvoir répondre de façon satisfaisante aux questions de M. Ouchakov, faute d'avoir suffisamment avancé dans l'étude du sujet. Il n'en est en effet qu'au stade du plan, et l'ancien Rapporteur spécial lui-même n'avait pas encore abordé ce type de problèmes.

La séance est levée à 12 h 45.

1975^e SÉANCE

Mercredi 25 juin 1986, à 10 heures

Président : M. Doudou THIAM

Présents : le chef Akinjide, M. Arangio-Ruiz, M. Balanda, M. Barboza, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. El Rasheed Mohamed Ahmed, M. Flitan, M. Francis, M. Koroma, M. Mahiou, M. Malek, M. McCaffrey, M. Ogiso, M. Ouchakov, M. Razafindralambo, M. Riphagen, M. Roukounas, sir Ian Sinclair, M. Tomuschat, M. Yankov.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (suite)
[A/CN.4/384¹, A/CN.4/394², A/CN.4/402³, A/CN.4/L.398, sect. H.1, ILC(XXXVIII)/Conf. Room Doc.5⁴]

[Point 7 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. ROUKOUNAS, passant en revue les divers aspects de l'ébauche de plan, dit qu'il faudra déterminer quelles sont, concrètement, les activités susceptibles d'entraîner des conséquences préjudiciables pour l'environnement, et en dresser la liste, en mentionnant les utilisations pacifiques de l'énergie nucléaire, l'exploration et l'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, le transport des hydrocarbures, l'exploration et l'exploitation des ressources naturelles des espaces maritimes, l'exploitation des ressources naturelles partagées et l'utilisation des cours d'eau internationaux, sans oublier la production et le stockage de certaines armes. Vu la diversité des activités susceptibles de polluer l'environnement et de lui causer des dommages, il importera, par mesure de prudence, de ne pas se montrer trop sélectif dans l'établissement de la liste, quitte à éliminer ensuite certaines activités s'il apparaît qu'elles font déjà l'objet d'une réglementation.

2. Il faudra également préciser le cadre spatial. Il est dit dans l'ébauche de plan que les activités visées sont celles qui sont menées « sur le territoire et sous le contrôle » d'un Etat. Or ces notions de « territoire » et de « contrôle » sont difficilement applicables dans le cas d'activités entraînant une pollution de l'espace extra-atmosphérique, activités qui ne sont toujours pas réglementées à l'échelon international, puisqu'aucun Etat n'a encore ratifié la Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone. Pourtant, l'espace

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie)/Add.1.

² Reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie).

³ Reproduit dans *Annuaire... 1986*, vol. II (1^{re} partie).

⁴ L'ébauche de plan, présentée par le précédent Rapporteur spécial, R. Q. Quentin-Baxter, à la trente-quatrième session de la Commission, est reproduite dans *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 86, par. 109. Les modifications apportées à ce texte dans le quatrième rapport de R. Q. Quentin-Baxter, soumis à la trente-cinquième session de la Commission, sont indiquées dans *Annuaire... 1983*, vol. II (2^e partie), p. 90, par. 294.

¹³ Voir 1972^e séance, note 8.