

une autorisation de polluer. De plus, ce système n'est peut-être pas de nature à répondre à toutes les demandes et réclamations légitimes de victimes innocentes en cas de dommage;

e) La plupart des régimes de responsabilité concernant des activités dangereuses prévoient des sources de financement complémentaires pour répondre aux demandes de dommages intérêts. L'État assume une partie de la charge de la perte créée par le dommage. L'autre partie, cependant, est imputée à un fonds commun alimenté par des contributions, soit des exploitants du même type d'activité dangereuse, soit d'entités pour l'avantage direct desquelles l'activité dangereuse ou porteuse de risque est exercée;

f) La responsabilité objective est reconnue dans plusieurs pays du monde appartenant à tous les systèmes juridiques. On peut considérer qu'il s'agit soit d'un principe général du droit international soit, en tout état de cause, d'une mesure de développement progressif du droit international. Dans le cas d'activités qui ne sont pas dangereuses mais comportent tout de même le risque de causer un dommage significatif, il est peut-être plus justifié de relier la responsabilité à la faute ou à la négligence;

g) En elle-même, la responsabilité pour faute pourrait peut-être mieux servir les intérêts des victimes innocentes et cette notion mérite d'être retenue à titre d'option. Il n'est pas exceptionnel dans de tels cas de laisser à la victime la possibilité de recourir de façon libérale aux règles de preuve et de déduction. Par un renversement de la charge de la preuve, l'exploitant peut être tenu de démontrer qu'il a pris toutes les précautions attendues d'une personne responsable et prudente, d'une manière proportionnelle au risque de l'opération.

56. La section C de la deuxième partie du rapport (par. 122 à 149) traite de quelques questions importantes concernant les régimes de responsabilité civile, qui sont liés à l'évolution du droit dans chaque État et à son application par leurs juridictions nationales. Ils varient considérablement d'un État à l'autre selon le système juridique en vigueur.

57. Ainsi, la question du lien causal entre le dommage causé et l'activité qui l'aurait provoqué, ainsi que les questions connexes de prévisibilité, de proximité ou de perte directe ne sont pas traitées de manière uniforme. Il y a lieu de noter que l'idée d'une responsabilité pour des dommages causés à l'environnement en soi ne bénéficie d'aucun appui. En outre, dans le cas de dommages affectant des ressources naturelles ou l'environnement, on s'accorde aussi à reconnaître un droit à indemnisation ou à remboursement pour les frais supportés au titre de mesures de prévention ou d'intervention et de mesures de remise en état et de restauration raisonnables ou, dans certains cas, approuvées ou autorisées (par. 131 du rapport). Les mesures raisonnables sont définies dans certains cas comme étant celles qui, dans le droit applicable par le tribunal compétent, sont considérées comme appropriées et proportionnées et rentables du point de vue des dépenses engagées.

58. Il ressort de l'analyse du régime de la responsabilité civile que les questions juridiques entrant en ligne de compte sont complexes et ne peuvent être résolues qu'au regard du fond de la cause. L'issue serait également fonction de la juridiction instruisant l'affaire et de

la loi applicable. S'il est possible de négocier des arrangements conventionnels particuliers pour décider du régime juridique applicable à la réalisation d'une activité, on ne peut, de l'avis du Rapporteur spécial, tirer de conclusions générales quant au régime de responsabilité civile. Une telle démarche, si elle était jugée souhaitable, ne saurait relever que des instances chargées de l'harmonisation et du développement progressif du droit international privé.

59. C'est dans ce contexte que dans la troisième partie du rapport (par. 150 à 153) le Rapporteur spécial présente un certain nombre de conclusions. Si les régimes examinés ont des éléments communs, ils sont également conçus pour s'adapter à un contexte propre. Cela ne veut pas dire qu'en toutes circonstances la solution consiste à négocier une convention sur la responsabilité, et encore moins une convention fondée sur une série d'éléments donnés. On peut également, s'il y a lieu, permettre au demandeur de rechercher le for le plus favorable pour connaître de son action ou négocier un règlement ad hoc. Il vaut mieux accorder aux États la latitude voulue pour mettre au point des régimes de responsabilité adaptés à leurs besoins particuliers. Le modèle de répartition des pertes que la Commission souhaitera peut-être retenir devrait donc avoir un caractère à la fois général et résiduel.

60. Compte tenu des travaux précédents de la Commission sur le sujet, le Rapporteur spécial avance divers arguments en vue de l'élaboration du modèle qui sont énoncés au paragraphe 153 de son rapport. Si les recommandations qu'il y formule sont globalement acceptables, elles pourraient servir de point de départ pour rédiger un projet d'articles plus précis sur la question de la responsabilité internationale, comme la Commission en a reçu le mandat. Les membres de la Commission peuvent également faire des observations sur la nature de l'instrument qui serait le plus approprié, ainsi que sur la manière de s'acquitter au mieux de son mandat qui a été confié à cette dernière. Selon le Rapporteur spécial, une solution consisterait à rédiger quelques articles, et à recommander qu'ils soient adoptés en tant que protocole au projet de convention-cadre sur le régime de la prévention. Il est toutefois ouvert à toute proposition qui recevrait l'agrément de la majorité des membres de la Commission.

La séance est levée à 13 heures.

2763^e SÉANCE

Mardi 27 mai 2003, à 10 h 5

Président: M. Enrique CANDIOTI

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, Mme Xue, M. Yamada.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) [suite] (A/CN.4/529, sect. D, A/CN.4/531¹)

[Point 6 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Mme ESCARAMEIA espère que la viabilité de l'ensemble du projet ne sera pas à nouveau remise en question, compte tenu des résultats des travaux du groupe de travail mis en place à la session précédente² et de l'approbation de la Sixième Commission³.

2. Le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/531) est bien structuré, mais le ton de l'introduction est trop pessimiste. Après tout, le Rapporteur spécial a obtenu l'appui de la Commission en 2002 et celui de la Sixième Commission, comme cela est indiqué dans le résumé thématique, établi par le Secrétariat, du débat tenu par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-septième session (A/CN.4/529). L'Assemblée générale a réagi de manière positive à la proposition que Robert Quentin-Baxter avait faite des années auparavant concernant un certain nombre de mesures préventives et le droit de l'État lésé de recevoir une indemnisation de l'État ayant causé le dommage. La proposition de M. Barboza relative à des garanties supplémentaires a également été bien accueillie. Il a été fait allusion au Groupe de travail de 1996 et, apparemment, la plupart des membres ont approuvé ses conclusions. Il est surprenant que ces conclusions n'aient pas été immédiatement approfondies; par ailleurs, il aurait été utile que le Rapporteur spécial informe davantage la Commission des difficultés rencontrées, de manière à ce qu'elle tente de les surmonter.

3. S'agissant des recommandations formulées par le groupe de travail mis en place en 2002, l'expression «victime innocente»⁴ ne semble pas appropriée, en particulier en ce qui concerne l'environnement ou le patrimoine commun de l'humanité, auxquels on ne saurait guère appliquer une qualité morale telle que l'innocence. En outre, ce groupe de travail a débattu de la question du seuil du dommage «significatif»⁵; cependant, aux fins de l'indemnisation, il suffit de parler de dommage «appréciable».

4. En ce qui concerne les considérations de principe, on peut lire au paragraphe 43 du rapport que la Commission devrait «encourager les États à conclure des accords internationaux et à adopter une législation et mettre en œuvre des mécanismes permettant l'application de mesures correctives rapides et efficaces». En réalité, la tâche de

la Commission est beaucoup plus vaste, puisqu'elle doit notamment élaborer des règles. Bien qu'elle ne puisse pas imposer ces règles aux États, la Commission ne doit pas se contenter d'élaborer des recommandations «molles» ou des directives très générales.

5. La lecture de paragraphe 44 donne le sentiment qu'une partie de la perte sera toujours à la charge de la victime innocente, ce qui est sans doute inévitable en pratique compte tenu de la difficulté de quantifier cette perte. Cela étant, la Commission ne devrait pas écarter la présomption que la victime ne devrait rien avoir à payer.

6. L'analyse des formules de prise en charge de la perte proposée par le Rapporteur spécial est très utile et permet de conclure que, hormis le cas des activités spatiales, la responsabilité de l'État est très exceptionnelle. Selon Mme Escarameia, l'État joue presque toujours un rôle subsidiaire, que ce soit directement, par exemple dans des conventions qui disposent que l'État doit supporter la perte que l'exploitant ne peut couvrir, ou bien indirectement, sous forme de fonds créés par les parties lorsque celles-ci sont des États. Certes, la première entité responsable devrait être l'exploitant. Mme Escarameia approuve toutefois le commentaire du Rapporteur spécial, selon lequel ce n'est pas l'exploitant qui doit être tenu responsable, mais l'entité qui exerce le contrôle sur l'activité. Il est intéressant de souligner que plusieurs conventions parlent de «l'exploitant», alors que celui-ci peut très bien être l'entité qui exerce le contrôle. Par exemple, l'article 2 de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement étend la notion d'«exploitant» à quiconque contrôle une étape particulière d'une procédure.

7. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il présenterait des modèles de formules de responsabilité et d'indemnisation, mais Mme Escarameia espère qu'il fera plus que cela. Les États ont le devoir de mettre en place des mécanismes pour la répartition équitable des pertes; d'où la nécessité d'élaborer des règles générales, même si elles ont un caractère subsidiaire.

8. En ce qui concerne les arguments que le Rapporteur spécial présente au paragraphe 153, tout régime qui serait recommandé devrait effectivement être sans préjudice des actions en responsabilité civile telles que définies dans le droit national (alinéa *a*), mais Mme Escarameia ajouterait: sous réserve qu'il ne soit pas toujours nécessaire d'épuiser les recours internes avant de s'adresser à des mécanismes internationaux. Dans certains systèmes, il est possible d'en référer directement à des mécanismes internationaux. La Commission devrait peut-être dire que des actions en responsabilité civile sont possibles, mais pas qu'elles doivent être épuisées avant d'en référer à un mécanisme international de règlement des différends et de prise en charge de la perte. En outre, il devrait être possible de saisir plusieurs juridictions nationales, au moins dans l'État d'origine du dommage et dans l'État où il s'est produit.

9. L'alinéa *b* est tout à fait acceptable et Mme Escarameia est d'accord avec l'argument mentionné à l'alinéa *c* selon lequel le projet devrait avoir la même portée que le projet d'articles sur la prévention. Le seuil devrait cependant être inférieur, à savoir qu'il faudrait parler

¹ Reproduit dans *Annuaire... 2003*, vol. II (1^{re} partie).

² *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), chap. VII, sect. C, par. 442 à 457, p. 94 à 96.

³ Résolution 57/21 de l'Assemblée générale, du 19 novembre 2002, par. 2.

⁴ *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), chap. VII, sect. C, par. 450, p. 95.

⁵ *Ibid.*, par. 452.

de dommages «appréciables» plutôt que de dommages «significatifs».

10. À l'alinéa *d*, l'affirmation selon laquelle la responsabilité des États est une exception doit être précisée – c'est une exception lorsque l'État a un rôle fondamental, mais pas lorsqu'il joue un rôle subsidiaire. Même la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux⁶, bien que n'étant pas encore en vigueur, ont adopté ce critère, de même que les fonds et autres mécanismes, quoique indirectement. Comme il ressort du paragraphe 171 du résumé thématique de leur débat, la plupart des délégations à la Sixième Commission sont en faveur de la responsabilité subsidiaire de l'État. Le fait que l'État ait des devoirs à remplir l'encourage à prendre des mesures de prévention, ce qui à son tour favorise le respect du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses⁷.

11. Il va de soi que le lien de causalité ne devrait être fondé que sur le principe du caractère raisonnable (al. *e*); en revanche, lorsque le dommage est causé par plus d'une activité (al. *f*), un régime de responsabilité solidaire est préférable à un régime de responsabilité équitablement répartie, car il offre davantage de garanties aux victimes.

12. Qu'elle soit limitée ou non, la responsabilité de l'exploitant (al. *g*) devrait toujours être complétée par des mécanismes de financement complémentaires, mais le terme «limitée» soulève quelques difficultés. Même si sa responsabilité est totale, l'exploitant peut être financièrement incapable de verser l'indemnisation, et d'autres sources d'indemnisation sont alors nécessaires. La Commission doit également tenir compte des cas dans lesquels les assureurs ne veulent pas assurer l'activité. La responsabilité de l'exploitant peut être totale, mais personne ne serait en mesure d'indemniser la victime. De toute évidence, une telle situation exige la constitution de fonds supplémentaires.

13. En ce qui concerne l'alinéa *h*, il ne fait aucun doute que les États doivent mettre en place, au niveau interne, des formules en matière de prévention, de protection et de fonds nationaux, mais la Commission ne devrait pas écarter, au stade actuel, l'obligation de créer un mécanisme de règlement des différends d'un type ou d'un autre, tel que l'arbitrage, et elle devrait se demander si ce mécanisme doit ou non être obligatoire.

14. Mme Escameia approuve pleinement la proposition figurant à l'alinéa *i*. S'agissant des alinéas *j* et *k*, les dommages à l'environnement proprement dit devraient être indemnisés, et pas seulement en tant que dommages causés aux personnes ou aux biens. Telle est la position adoptée à la fois dans la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement et dans la proposition de directive de l'Union européenne⁸.

15. Mme Escameia est opposée à l'idée du Rapporteur spécial, pour qui des règles générales devraient être établies en tant que protocole aux articles sur la prévention. En effet, si tel était le cas, l'accent serait mis sur la prévention, en tant qu'obligation principale, et l'indemnisation ne serait qu'une simple obligation accessoire, alors qu'elles devraient être sur le même plan. L'idéal serait d'avoir une convention en deux parties, l'une sur la prévention et l'autre sur l'indemnisation pour dommage, avec des règles énonçant des principes généraux en matière de responsabilité. La Sixième Commission appuie cette idée, comme il ressort du paragraphe 179 du résumé thématique.

16. M. PELLET félicite le Rapporteur spécial pour son rapport, dont l'excellente qualité et l'érudition qu'il révèle ne font que confirmer que le sujet ne se prête pas à la codification et au développement progressif du droit. Il se demande quel est l'objet du rapport. Comme l'indique le titre, il s'agit de définir le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses; cependant, il aurait peut-être été plus simple de parler de réparation plutôt que de perte, puisque c'est ce qui est en jeu, ou, comme le Rapporteur spécial l'a indiqué plus clairement au paragraphe 38 du rapport, de «faciliter un régime d'indemnisation plus équitable et plus rapide des victimes de dommages transfrontières». M. Pellet mettrait l'accent sur le mot «transfrontières», parce que le Rapporteur spécial n'a pas «collé» strictement au sujet, en particulier lorsqu'il évoque l'affaire *Ok Tedi* (par. 143 à 149 du rapport) ou le drame de Bhopal (note de bas de page du paragraphe 149 du rapport). Il n'est pas utile d'inclure dans un sujet déjà difficile la question des dommages causés par les activités d'une société transnationale sur le territoire d'un État d'accueil, même si, à l'instar du Rapporteur spécial (note de bas de page du paragraphe 19 du rapport), M. Pellet est partisan de la mise en place d'un régime de responsabilité des entreprises multinationales.

17. Pour des raisons voisines, il est peu favorable, et c'est une litote, à ce que la Commission se lance dans une étude visant à établir un régime d'indemnisation plus équitable et plus rapide des victimes de dommages transfrontières. Le rapport donne lui-même les arguments établissant que c'est une tâche qui sort du domaine de compétence de la Commission. La tâche de la Commission est de développer progressivement et de codifier le droit international et, même si ce n'est pas expressément mentionné dans son statut, prioritairement, voire exclusivement, le droit international public. Or, comme le Rapporteur spécial l'a écrit lui-même, le sujet de la responsabilité (*liability*) internationale ne se prête pas aisément, en lui-même, à une codification ou à un développement progressif (par. 2 de son rapport), et les doutes que l'on pouvait avoir dans les années 80 quant à l'intérêt ou la viabilité du sujet même (par. 9) persistent plus que jamais. D'ailleurs, la Commission «traîne» ce sujet depuis les années 70 sans avoir jamais pu le faire aboutir. Cela est peut-être dû au fait que, comme M. Tomuschat l'a souligné en note de bas de page du paragraphe 18 du rapport, le problème ne se prête pas à une approche globale si l'on veut aboutir à des résultats constructifs⁹, ce que le Rap-

⁶ *Journal officiel des Communautés européennes*, n° C 151 E du 25 juin 2002, p. 132.

⁷ Voir 2762^e séance, note 7.

⁸ Voir *supra* la note 6.

⁹ C. Tomuschat, «International liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law: the work of

porteur spécial lui-même semble admettre lorsqu'il écrit (par. 150) que «les questions juridiques entrant en ligne de compte sont complexes et ne peuvent être résolues qu'au regard du fond de la cause», c'est-à-dire en fonction des circonstances, de la nature particulière du dommage ou du risque.

18. L'autre objection de M. Pellet (par. 24 du rapport) est liée au fait que, comme l'avait constaté la Commission en 1996, «la tendance à réclamer une indemnisation est d'ordre pragmatique, au lieu d'être fondée sur une théorie cohérente de la responsabilité»¹⁰. En 1997, le Groupe de travail sur la responsabilité (*liability*) internationale pour les conséquences découlant d'activités non interdites par le droit international a estimé que «la portée et la teneur du sujet demeureraient floues»¹¹ (par. 33 du rapport). Au fond, ni en doctrine, ni en jurisprudence, ni dans la pratique, personne n'est d'accord sur rien et il ressort des nombreuses conventions citées par le Rapporteur spécial qu'«il ne pourrait pas exister un modèle unique de prise en charge des pertes» (par. 46). Cela est vrai au plan international, mais cela l'est aussi dans les droits internes des États, comme le montre le rapport à plusieurs reprises, par exemple dans la note de bas de page du paragraphe 117 ou au paragraphe 125. M. Pellet signale en passant qu'en droit français, mais probablement aussi dans d'autres systèmes qui établissent une distinction entre droit administratif et droit civil, la responsabilité sans faute a connu un développement considérable non seulement dans le cadre de la responsabilité civile, mais aussi dans celui de la responsabilité administrative, et sur un fondement que le Rapporteur spécial n'évoque pas mais qui paraît pouvoir orienter une partie de la réflexion de la Commission, celui de l'égalité devant les charges publiques.

19. Que ce soit en matière de lien causal, d'obligation de prudence, de définition du dommage ou de compétence, le Rapporteur spécial admet (par. 128) qu'il n'y a aucune solution unique qui soit communément retenue et qu'on ne peut tirer de conclusions générales (par. 150). Bien sûr, il y a des orientations probablement souhaitables, par exemple la création de fonds d'indemnisation nationaux ou internationaux, mais cela ne relève ni de la codification ni du développement progressif, mais plutôt de la négociation entre États. Il y a sans doute des possibilités à creuser du côté de l'élaboration de lois uniformes ou du droit international privé, mais cela relève des organes de codification du droit privé, à commencer par la CNUDCI, mais pas de la Commission.

20. Certes, on pourrait sans doute rétorquer que la Sixième Commission veut ce sujet, mais M. Pellet n'en est pas si sûr et il se demande si la Commission ne lui a pas un peu forcé la main. En tout état de cause, rien n'empêche la Commission d'expliquer à la Sixième Commission qu'elle fait fausse route. Cela étant, si la Commission décide vraiment de se charger de cette «mission impossible», et probablement inutile, le rapport du Rapporteur

spécial constitue sans doute la meilleure base de réflexion possible. Mais pour aller où? Le mystère demeure entier.

21. M. Pellet ajoute, pour terminer sur une note positive, et sous réserve d'ajustements lorsqu'il s'agira d'examiner, lors de prochaines sessions, les conclusions du Rapporteur spécial – si cela est vraiment nécessaire, ce dont il doute – qu'il souhaite faire des observations sur quelques points. Tout d'abord, la Commission devrait éviter de parler de «responsabilité civile» car l'utilisation de l'adjectif «civil» peut perturber les juristes des pays qui établissent une distinction entre droit administratif et droit civil. Il serait bon d'inclure les dommages causés à l'État lui-même, comme cela est proposé au paragraphe 40 du rapport. Contrairement à Mme Escameia, et afin d'éviter la répétition des mêmes tâches, il serait sage d'adopter le même seuil de responsabilité dans le présent projet que celui qui a été adopté dans le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

22. M. Pellet est entièrement d'accord avec l'argument énoncé à l'alinéa *d* du paragraphe 153 du rapport du Rapporteur spécial, selon lequel aucune conclusion générale ne peut être tirée en ce qui concerne le régime de responsabilité. Si tel est le cas, la seule possibilité raisonnable qui s'offre à la Commission – à supposer qu'elle souhaite se lancer dans cette tâche, ce qu'il désapprouve – serait d'essayer de formuler des clauses modèles qui ne pourraient servir que de variantes. Il est absolument clair qu'aucune règle générale de responsabilité, y compris la responsabilité de l'exploitant, n'est appropriée, et qu'aucune règle uniforme ne peut être adoptée dans ce domaine.

23. M. Pellet ne comprend pas très bien pourquoi une distinction a été établie entre le «principe du caractère raisonnable» et la «causalité» à l'alinéa *e*; la causalité est le critère raisonnable. Les arguments mentionnés aux alinéas *f* à *k* montrent clairement qu'il est prématuré de vouloir codifier le sujet. M. Pellet se demande également quelle pourrait être la forme définitive des travaux de la Commission: certainement pas une convention, mais des règles types pourraient peut-être convenir. Enfin, le présent sujet ne doit pas être greffé sur celui de la prévention car, contrairement à ce dernier, il ne se prête pas facilement à la codification.

24. M. GAJA dit que le rapport du Rapporteur spécial représente un effort remarquable pour donner un aperçu de l'ensemble des questions que soulève un sujet extrêmement difficile. Le rapport contient une quantité impressionnante d'informations qui seront certainement très utiles pour la poursuite des travaux de la Commission. Dans la dernière partie du rapport, le Rapporteur spécial expose brièvement quelques arguments qu'il soumet à la Commission. Celle-ci étant divisée quant à la faisabilité du travail proposé, le Rapporteur spécial aurait été avisé de laisser la Commission réagir avant d'aller plus loin. Au lieu de cela, il a créé des difficultés pour le lecteur.

25. La principale difficulté pour répondre aux suggestions du Rapporteur spécial est liée au fait qu'on ne discerne pas encore clairement quel type de produit définitif est envisagé. On ne voit pas encore très bien, d'une part, si le «modèle de prise en charge de la perte» doit se

the International Law Commission», *International Responsibility for Environmental Harm*, sous la direction de F. Francioni et T. Scovazzi, Londres, Graham and Trotman, 1991, p. 37 à 72, notamment p. 55.

¹⁰ Rapport du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), annexe I, p. 126 (par. 32 du commentaire de l'article 5).

¹¹ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), chap. VII, par. 165, p. 60.

traduire par un régime conventionnel ou une législation nationale parallèle, ou bien, d'autre part, s'il s'agira d'un ensemble de recommandations ou de directives devant permettre aux États et aux autres personnes concernées d'évaluer de façon globale les questions lors de la création d'un régime. En l'état actuel des choses, il semblerait que ce soit ce dernier modèle qui soit proposé; c'est sans doute la meilleure solution à adopter.

26. La deuxième partie du rapport énumère une série de régimes conventionnels, destinés pour la plupart à couvrir des risques particuliers. Leur grande variété traduit les besoins de chaque secteur particulier, et laisse planer des doutes sur l'utilité d'élaborer dans les grandes lignes un régime général et subsidiaire. Comme M. Pellet l'a rappelé, le Rapporteur spécial lui-même a écrit, au paragraphe 46 du rapport, au sujet de ces traités, «qu'il ne pourrait pas exister un modèle unique de prise en charge des pertes». Avant qu'ils ne servent de source d'inspiration, il serait bon de se demander d'abord si ces régimes conventionnels sont adaptés à tel ou tel secteur particulier. Le nombre de ratifications des traités pertinents n'est pas nécessairement décisif à cette fin: un traité peut être largement ratifié simplement parce qu'il est vague. En outre, ces traités ne concernent pas tous le sujet des travaux de la Commission, à savoir les dommages transfrontières et, partant, leur contenu peut ne pas être transposable.

27. En ce qui concerne les arguments présentés dans la dernière partie du rapport, M. Gaja hésiterait à recommander un régime qui soit «sans préjudice des actions en responsabilité civile» comme cela est suggéré à l'alinéa *a* du paragraphe 153. Il semble plus raisonnable d'envisager un régime global qui couvre tous les aspects de la prise en charge des pertes. Si l'exploitant est tenu responsable en vertu d'un traité ou d'un autre régime, il n'est pas raisonnable de s'attendre à ce qu'une autre source de responsabilité soit ajoutée. La prise en charge des pertes devrait être étudiée d'une manière globale, qui prenne également en compte les systèmes de droit interne.

28. La proposition figurant à l'alinéa *d* du paragraphe 153, visant à ce que le «commettant» assume l'essentiel de la responsabilité, devra sans doute être révisée compte tenu de la nécessité de disposer de fonds dans l'éventualité d'une perte. C'est la principale raison, semble-t-il, pour laquelle ce sont les propriétaires de navires, plutôt que les affréteurs, qui sont responsables des dommages causés par des navires. Les propriétaires de navires sont ainsi incités à s'assurer contre le risque, et ils peuvent en transférer les frais aux affréteurs.

29. Dans le cas d'activités qui causent des dommages transfrontières, il est également probable que des dommages se sont produits sur le territoire où se situe la cause du dommage. Dans un régime global, ce dommage ne devrait pas être ignoré. L'article 11 de la Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires vise également à protéger ceux qui ont subi un dommage dans l'État d'installation.

30. Enfin, la somme à concurrence de laquelle les exploitants sont responsables au titre d'un régime de responsabilité objective pouvant être insuffisante pour couvrir l'ensemble des dommages, une formule viable devrait envisager la participation d'un grand nombre d'États

susceptibles de fournir une partie de l'indemnisation en cas de dommage, quelle que soit leur participation à l'activité dangereuse. Un tel dispositif est prévu à l'article IV de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires. Il serait difficile de généraliser la solution adoptée par la Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (destinée à compléter la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures), dont il est fait mention aux paragraphes 47 et 48 du rapport, dans la mesure où il n'existe pas de situation comparable dans d'autres cas. Si l'on souhaite établir un régime d'indemnisation viable, le rôle des États ne saurait être ignoré.

31. M. MANSFIELD dit que le rapport du Rapporteur spécial non seulement indique clairement pour quelles raisons la Commission ne saurait rejeter l'examen de la question de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières, mais fournit également une excellente base à partir de laquelle le groupe de travail qui a été créé à la session antérieure¹² peut faire avancer la question.

32. Un certain nombre de membres souhaitent toujours éviter le sujet mais, selon M. Mansfield, la Commission doit l'examiner, et ce, pour un certain nombre de raisons. Tout d'abord, c'est la Commission elle-même qui a limité la question de la responsabilité de l'État aux faits internationalement illicites. Une telle approche n'était pas la seule possible, comme se sont efforcés de le montrer un certain nombre d'auteurs éminents. Ce fut néanmoins l'approche choisie par la Commission. Deuxièmement, les obligations en matière de prévention et de réaction élaborées par la Commission, et sur lesquelles M. Mansfield reviendra ultérieurement, sont importantes; elles ne peuvent toutefois pas éliminer complètement le risque d'accident. Troisièmement, si un dommage se produit alors que les obligations de prévention ont été respectées, il n'y a pas d'acte illicite sur lequel fonder une action. Quatrièmement, sauf à laisser cette perte à la charge de celui qui la subit, c'est-à-dire, en d'autres termes, à la victime innocente, il existe une lacune dans les travaux de la Commission à ce jour – une lacune qui est suffisamment évidente pour inciter la Commission à la combler si elle ne veut pas perdre sa crédibilité.

33. L'examen des régimes existants est effectivement utile. M. Mansfield ne fera pas d'observation sur les différentes approches adoptées pour la prise en charge de la perte, ou sur les raisons qui les justifient, si ce n'est pour observer qu'elles ont toutes en commun l'idée qu'il vaut mieux prévenir que guérir. Il faut reconnaître que des succès ont été obtenus à des degrés variés en matière de prévention dans les différents secteurs, mais il est regrettable que dans certains d'entre eux des accidents qu'il serait possible de prévenir continuent de se produire bien trop fréquemment. Cependant, en général, tous les exploitants qui se livrent à des activités dangereuses, qu'il s'agisse de l'État ou du secteur privé, et que ce soit dans les pays développés ou en développement, s'accordent de plus en plus à reconnaître que les coûts associés aux accidents, indépendamment de l'obligation d'indemniser,

¹² Voir *supra* la note 2.

sont très élevés et représentent sans doute la charge la plus élevée pour leur entreprise du fait de l'immobilisation de matériel et de personnel, de la perte de production, de l'incapacité d'honorer les commandes et de la perte de réputation, alors qu'elle pourrait être évitée. C'est la prise en considération de ces facteurs, plutôt qu'une obligation juridique de prendre des mesures de prévention ou de verser une indemnisation, qui incite de plus en plus les exploitants à adopter les techniques de prévention les plus avancées, à rechercher des procédures d'amélioration constante et à lutter contre la complaisance. En réalité, aucune entreprise au monde menant des activités dangereuses ne peut ignorer ces pratiques en matière de gestion et espérer survivre.

34. Cela entraîne deux conséquences pour les travaux de la Commission, toutes deux mentionnées dans le rapport du Rapporteur spécial. Tout d'abord, la Commission doit s'assurer que les résultats de ses travaux incitent ceux qui ont la capacité effective de contrôler le risque à suivre les techniques les plus éprouvées en matière de gestion du risque. Deuxièmement, le régime de prise en charge des pertes, que la Commission s'efforce d'élaborer, a un caractère subsidiaire. Il ne s'agit pas pour elle de remplacer les régimes existants, et encore moins de décourager l'élaboration de nouveaux régimes adaptés à tel ou tel secteur ou de tenter de mettre au point quelque nouveau régime global et détaillé qui couvrirait toutes les situations possibles.

35. Certes, l'élaboration de régimes adaptés aux circonstances particulières des activités en question présente nombre d'avantages, mais il faut bien reconnaître qu'ils n'ont rencontré qu'un succès limité jusqu'à présent. Plus généralement, on peut dire que l'objet d'un régime particulier est de garantir une prise en charge appropriée des pertes en cas d'accident et, en particulier, de veiller à ce qu'elles n'incombent pas à une victime innocente qui n'a pas participé à l'activité en question, ou qui n'en a pas tiré profit. Toutefois, diverses raisons expliquent pourquoi ce résultat peut ne pas être atteint: il se peut que le régime ne soit pas effectivement appliqué; l'État ou les États concernés peuvent ne pas y être parties ou ne pas être couverts par ce régime; le risque de dommage particulier ou la nature du dommage lui-même peuvent ne pas avoir été prévus et ne pas être couverts par le régime; ou bien les meilleures pratiques en matière de prévention peuvent s'être révélées inefficaces dans les circonstances de l'accident en question.

36. La Commission doit examiner attentivement comment instaurer quelques obligations subsidiaires afin d'éviter une situation où c'est la victime innocente qui doit en fait supporter la totalité de la perte, sans recevoir aucun appui, alors qu'elle n'a pas participé à l'activité dangereuse et qu'elle n'en a tiré aucun profit. Par ailleurs, la Commission doit arriver à ce résultat sans dénaturer les incitations destinées à ceux qui sont les mieux à même de gérer le risque. Aussi insatisfaisant ou insuffisant que cela puisse être, il faut que les États concernés aient au moins l'obligation subsidiaire de traiter la question de la prise en charge des pertes dans des circonstances imprévues après l'événement. Il s'agit là, toutefois, d'une question qui nécessite une réflexion plus poussée.

37. M. Mansfield approuve la proposition, énoncée au paragraphe 152 du rapport, selon laquelle le modèle devrait avoir un caractère à la fois général et subsidiaire, ainsi que les arguments mentionnés aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 153, selon lesquels le modèle devrait être sans préjudice des actions en droit interne, ou en vertu du droit international privé ou du droit international public en matière de responsabilité de l'État. Bien qu'il ait quelques réserves, il accepte, pour le moment, la recommandation figurant à l'alinéa *c* de limiter la portée du sujet à celle adoptée pour le projet d'articles sur la prévention. Toutefois, à un moment ou à un autre de ses travaux, la Commission devra examiner plus avant la question des dommages au patrimoine commun de l'humanité.

38. M. Mansfield approuve la recommandation sur le seuil de dommage significatif, même si, s'agissant d'un aspect pratique, il est improbable que la question du seuil se pose à un moment quelconque. Dans un régime de subsidiarité, le caractère du dommage en question ne sera jamais rien moins que significatif. En ce qui concerne l'alinéa *d*, M. Mansfield a déjà indiqué que c'est la personne qui est la mieux à même de contrôler le risque qui doit être la plus incitée à le gérer, notamment en ce qui concerne la responsabilité d'indemniser.

39. En général, les observations énoncées aux alinéas *e* à *i* ne manquent pas d'intérêt, même si certains aspects très condensés de ces informations mériteraient d'être examinés plus avant par le Groupe de travail. Les alinéas *j* et *k* soulèvent des questions difficiles, qui appellent une réflexion plus approfondie. Les réactions, dans le monde, à l'égard des dommages à l'environnement ont bien changé. L'idée qu'ils ne concerneraient que l'État dans lequel ils se produisent ne cadre plus avec le fait qu'on a de plus en plus conscience de l'interdépendance mondiale des questions environnementales. En ce qui concerne l'alinéa *k*, relatif au tourisme et à la perte de profits, la responsabilité en tant que telle peut être un concept difficile. Néanmoins, s'il existe un lien causal clair, il peut y avoir une cause d'action en cas de violation de la responsabilité de l'État. En outre, il faut bien reconnaître que la chute du tourisme peut s'apparenter à une catastrophe pour quelques petites économies; l'idée qu'elles doivent supporter ces pertes sans bénéficier d'aucun appui est dès lors difficile à concilier avec le sens de l'équité. Le rapport fournit un excellent point de départ au Groupe de travail pour approfondir ces questions difficiles.

40. Enfin, M. Mansfield pense de façon pragmatique qu'une décision sur la forme finale des travaux pourrait émerger des travaux du Groupe de travail.

41. M. BROWNLIE dit que le rapport soulève des questions qui lui posent des problèmes considérables. Ce n'est pas le fait du Rapporteur spécial, qui a donné un aperçu du sujet fort utile, mais la Commission a besoin d'orientations pour examiner de graves problèmes structurels. Le régime proposé serait à la fois général et subsidiaire. Il ne s'agirait pas d'un régime de droit international général, dans la mesure où la Commission ne codifie pas un tel droit: il s'agit en fait d'inventer un régime entièrement nouveau.

42. Les seuls modèles conventionnels disponibles ont un caractère très politique. Par exemple, le régime européen dans le domaine nucléaire a été conçu pour limiter la responsabilité afin de ne pas contrecarrer le développement de l'énergie nucléaire civile à ses débuts. Il s'efforce donc de trouver un équilibre entre le risque et la possibilité de réaliser une activité donnée. Des régimes de ce type n'ont évidemment rien à voir avec la tâche actuelle de la Commission. M. Brownlie n'est donc pas convaincu quant à la nature du régime subsidiaire qui émergerait des travaux de la Commission.

43. À cet égard, l'approche adoptée par Robert Quentin-Baxter dans ses différents rapports sur la responsabilité internationale continue d'exercer une influence. Quentin-Baxter n'a pas établi de distinction entre la responsabilité de l'État et d'autres considérations, et tous les exemples qu'il a cités dans ses rapports sont des exemples classiques de responsabilité de l'État.

44. La Commission devrait en effet prévoir la possibilité de l'arbitrage, mais M. Brownlie se demande quel serait le droit applicable dans ce cas. Les régimes conventionnels forment un tout et traitent de l'arbitrage de manière spécifique; il reste à savoir comment la Commission va traiter la question.

45. Il est clair que la Commission doit faire face à ces graves problèmes structurels et éviter de provoquer une réaction de la Sixième Commission qui pourrait porter préjudice à ses travaux existants sur la responsabilité de l'État.

Responsabilité des organisations internationales (suite*) [A/CN.4/529, sect. E, A/CN.4/532¹³, A/CN.4/L.632]

[Point 7 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

46. M. GAJA (Rapporteur spécial), introduisant le rapport du Groupe de travail, dit que, compte tenu des critiques qui avaient été formulées en plénière, il a présenté à une réunion du Groupe de travail à composition non limitée un texte révisé du projet d'article 2 qui ne fait aucune référence aux «prérogatives de puissance publique». Après un débat, le Groupe de travail est parvenu à un consensus sur un nouveau texte qui est à présent soumis à la plénière pour renvoi au Comité de rédaction.

47. Le nouveau texte propose une définition de l'«organisation internationale» qui vise à couvrir toutes les organisations internationales créées par traité ou par un autre instrument de droit international, et qui possède la personnalité juridique internationale. Il ne fait pas référence à la «capacité» car, lorsqu'une organisation internationale viole une obligation de droit international, sa responsabilité internationale est de toute façon engagée. La définition met l'accent sur le rôle central des États, tout en reconnaissant que des entités non étatiques, telles que d'autres organisations internationales, des territoires ou des entités privées peuvent être membres de l'orga-

nisation. Le texte adopté par le Groupe de travail se lit comme suit:

«Article 2. – Définition

Aux fins du présent projet d'articles, on entend par «organisation internationale» toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre [distincte de celle de ses membres]. Outre des États, une organisation internationale peut comprendre parmi ses membres des entités autres que des États».

48. M. Gaja remercie les nombreux membres de la Commission qui ont participé à la réunion du Groupe de travail pour leurs utiles contributions.

49. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que, n'étant pas membre du comité de rédaction, il appuie pleinement la version révisée de l'article 2, à condition que le membre de phrase entre crochets soit supprimé.

50. Mme XUE dit qu'elle n'a pas pu participer à la réunion du Groupe de travail, mais qu'il lui semble que la plénière est censée faire des observations sur les questions de principe sous-jacentes au nouveau texte. Elle convient que l'article 2 est l'un des plus difficiles du projet d'articles. Dans des conventions antérieures, l'expression «organisation intergouvernementale» a été utilisée sans être définie; cependant, la Commission ayant décidé que l'objet du projet d'articles était les «organisations intergouvernementales», elle pouvait avoir intérêt à essayer d'élaborer une définition.

51. Alors qu'elle avait quelques réserves au sujet de l'article 2 initialement proposé par le Rapporteur spécial dans son rapport (A/CN.4/532, par. 34), la nouvelle version contient encore quelques termes problématiques. Par exemple, le membre de phrase «instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international» ne reflète pas la pratique véritable des États ou des organisations internationales. En ce qui concerne l'expression «dotée d'une personnalité juridique internationale propre», bien que la CIJ ait précisé, dans son avis consultatif de 1949 sur la *Réparation* [p. 178], qu'une organisation internationale ou intergouvernementale possède la «personnalité internationale», la question de savoir si cette expression est censée s'appliquer aux seules «organisations intergouvernementales» ou s'appliquer également à d'autres types d'organisations n'est toujours pas claire. Enfin, au sujet du membre de phrase «Outre des États [...] peut comprendre parmi ses membres des entités autres que des États», Mme Xue estime que la composition de l'organisation doit être déterminée dans son instrument constitutif. Si la Commission décide de conserver cette rédaction en l'état, elle devra indiquer clairement la relation entre le caractère de cette organisation et le statut de ces entités non étatiques, faute de quoi, la portée risquerait d'être trop étendue.

52. La version révisée est troublante. S'il existe déjà un consensus sur les questions de principe, ce qui signifie que le texte peut être renvoyé au Comité de rédaction, celui-ci devra se donner beaucoup de mal pour expliquer clairement quelles organisations internationales la Commission entend inclure.

* Reprise des débats de la 2756^e séance.

¹³ Voir *supra* la note 1.

53. M. Sreenivasa RAO remercie le Groupe de travail et le Rapporteur spécial d'avoir tenu compte de la diversité des points de vue au sujet de la définition de l'expression «organisation internationale». Il y a cependant une part de vérité dans ce que Mme Xue a dit à propos de la version révisée du texte. La première phrase fait référence à la création de l'organisation par un traité ou par un autre instrument de droit international, mais cela ne permet pas de savoir si un tel instrument peut être négocié par des entités non étatiques comme par des États. Dès lors qu'une organisation est créée par un instrument négocié uniquement par des États, le fait que l'instrument prévoit que des entités non étatiques puissent en être membres ne soulève aucun problème. Dans l'hypothèse inverse, il existerait une lacune que le Comité de rédaction devrait combler.

54. M. ECONOMIDES observe que la définition retient trois critères. Le premier, à savoir la création par un traité ou un autre instrument de droit international, ne pose pas de difficulté car il est valable pour toutes les organisations. Le deuxième, celui relatif à la personnalité internationale, s'applique à toutes les organisations internationales qui ont des pouvoirs internationaux, ces pouvoirs étant implicites. Si une organisation n'a pas la personnalité internationale, mais simplement une personnalité juridique interne dans le territoire où elle est située, le projet d'articles ne s'applique pas à elle. Le troisième critère relatif aux membres constitue un ajout utile, dans la mesure où il rend compte du fait que de plus en plus d'organisations internationales comprennent des membres qui ne sont pas des États. Le texte révisé est parfaitement acceptable, bien que le Comité de rédaction puisse l'affiner davantage.

55. M. CHEE dit qu'il a soulevé, au sein du Groupe de travail, la question de savoir ce qu'il faut entendre par «un instrument régi par le droit international», à laquelle a fait allusion Mme Xue. Mme Escameia a précisé qu'il peut s'agir d'une résolution de l'Assemblée générale. Le terme est très vaste et imprécis. M. Chee a également soulevé en plénière la question de la distinction entre la «personnalité internationale» et la «personnalité juridique internationale», laquelle a une incidence sur l'expression «instrument de droit international» et doit donc être clarifiée.

56. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission décide de renvoyer l'article 2 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

57. M. PELLET dit que la définition figurant à l'article 2 est excellente. Il souligne que, si la plénière renvoie au Comité de rédaction un article qui a déjà été longuement examiné par le Groupe de travail, le Comité est tenu de respecter la position de l'ensemble de la Commission, et de ne pas rouvrir le débat sur les nombreux problèmes qui avaient été réglés par l'adoption de l'article en question.

La séance est levée à 11 h 30.

2764^e SÉANCE

Mercredi 28 mai 2003, à 10 h 5

Président: M. Enrique CANDIOTI

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskeniemi, M. Mansfield, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Opetti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique¹ (suite*) [A/CN.4/529, sect. A, A/CN.4/530 et Add.1², A/CN.4/L.631]

[Point 3 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial sur la protection diplomatique à présenter le rapport du Groupe de travail concernant le projet d'article 17.
2. M. DUGARD (Rapporteur spécial) rappelle que M. Gaja avait proposé de fusionner les paragraphes 1 et 2 de l'article 17. Le Groupe de travail constitué pour examiner cette question a élaboré un texte qui tient compte de cette proposition et dont M. Dugard donne lecture:

«Aux fins de la protection diplomatique [, lorsqu'un préjudice est causé à une société], l'État national est [celui sous l'empire de la législation duquel la société a été constituée]/[déterminé en vertu du droit interne dans chaque cas d'espèce] et avec lequel elle entretient un lien [suffisant]/[étroit et permanent]/[administratif]/[formel]».

3. Le Rapporteur spécial indique que le Groupe de travail a examiné les propositions de MM. Economides, Brownlie, Gaja et Pellet, et qu'il est tombé d'accord, d'une part, sur la nécessité de prendre en compte les situations dans lesquelles le droit interne ne connaît pas la pratique de la constitution d'une société et où on applique un autre système pour créer une société et, d'autre part, sur la nécessité d'établir un certain lien entre la société et l'État, en s'inspirant des liens que la CIJ avait énoncés dans l'arrêt *Barcelona Traction*. Parallèlement, le Groupe de travail a pris soin de ne pas ouvrir une boîte de Pandore en adoptant une formule qui donne à penser que le tribunal saisi devra prendre en compte la nationalité des actionnaires qui contrôlent la société, ce que la Cour avait rejeté dans ledit arrêt. Plusieurs formulations sont proposées dans le texte présenté par le Groupe de travail

* Reprise des débats de la 2762^e séance.

¹ Pour le texte des articles 1 à 7 du projet d'articles sur la protection diplomatique et des commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante-quatrième session, voir *Annuaire... 2002*, vol. II (2^e partie), chap. V, sect. C, p. 70 et suiv.

² Reproduit dans *Annuaire... 2003*, vol. II (1^{re} partie).