

Distr.
GENERALE

A/CN.4/450
5 avril 1993
FRANCAIS
ORIGINAL : ANGLAIS/ESPAGNOL

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Quarante-cinquième session
Genève, 3 mai-23 juillet 1993

NEUVIEME RAPPORT SUR LA RESPONSABILITE INTERNATIONALE POUR
LES CONSEQUENCES PREJUDICIAIBLES DECOULANT D'ACTIVITES
QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

par

M. Julio BARBOZA, Rapporteur spécial

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
INTRODUCTION	1 - 8	5
A. Le mandat du Rapporteur spécial	1 - 3	5
B. Quelques observations sur la prévention	4 - 8	5
I. LE PROJET D'ARTICLES	9 - 75	7
A. Considérations d'ordre général	9 - 10	7
B. Textes des dispositions	11 - 75	7
1. Article intitulé "Mesures de prévention"	11	7
a) Texte	11	7
b) Fondements	12 - 13	8
i) L'obligation de coopérer	12	8

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragrap</u> hes	<u>Page</u>
ii) L'interdiction faite à l'Etat d'utiliser son territoire à des fins préjudiciables aux droits d'autres Etats	13	8
c) Observations faites lors du débat à la dernière session	14	9
d) Mesures unilatérales de prévention	15 - 24	9
i) L'autorisation préalable	15 - 19	9
a. Observations d'ordre général	15 - 16	9
b. Activités déjà en cours	17	10
c. Non-suspension de l'activité	18	10
d. La notion de prévention	19	11
ii) Evaluation des effets transfrontières	20	11
iii) Les autres mesures unilatérales	21 - 24	12
e) Dispositions proposées par le Rapporteur spécial en remplacement de l'article premier de l'annexe	25	13
2. Article intitulé "Notification et information"	26 - 38	14
a) Texte	26	14
b) Observations d'ordre général	27	15
c) La participation de l'Etat affecté	28	15
d) L'établissement de régimes spéciaux	29	16
e) La participation d'organisations internationales	30 - 31	16
f) Autres observations	32 - 34	18
g) L'information	35 - 36	18
h) Participation du public	37	19

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
i) Texte proposé par le Rapporteur spécial en remplacement de l'article 2 de l'annexe	38	19
3. Article intitulé "Sécurité nationale et secrets industriels"	39 - 42	20
a) Texte	39	20
b) Commentaire	40 - 41	20
c) Texte proposé par le Rapporteur spécial . .	42	21
4. Article intitulé "Consultations en vue de déterminer un régime"	43 - 53	22
a) Texte	43	22
b) Commentaire	44 - 52	22
c) Texte proposé par le Rapporteur spécial en remplacement de l'article 6 de l'annexe . .	53	26
5. Article intitulé "Initiative des Etats affectés"	54 - 57	26
a) Texte	54	26
b) Commentaire	55 - 56	27
c) Texte proposé par le Rapporteur spécial en remplacement de l'article 7 de l'annexe . .	57	27
6. Article intitulé "Règlement des différends" . .	58 - 62	28
a) Texte	58	28
b) Commentaire	59 - 62	28
c) Eléments en vue de la proposition d'un texte futur en remplacement de l'article 8 de l'annexe	63	30
7. Article intitulé "Facteurs de l'équilibre des intérêts".	64 - 71	30
a) Texte.	64	30
b) Commentaire	65 - 70	31

TABLE DES MATIERES (suite)

	<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
c) Proposition du Rapporteur spécial touchant l'article 9 de l'annexe	71	34
8. Le principe du non-déplacement des risques ou des dommages	72 - 74	34
a) Observations générales	72 - 73	34
b) Texte proposé par le Rapporteur spécial sur le non-déplacement des risques ou des dommages	74	35
9. Le principe "pollueur-payeur"	75	36
II. CONCLUSION	76	36

INTRODUCTION

A. Le mandat du Rapporteur spécial

1. A sa dernière session, la CDI a décidé, touchant la portée du sujet, qu'"au stade actuel, il s'agissait pour elle d'élaborer des projets d'article régissant les activités qui risquent de causer un dommage transfrontière et [qu']elle ne devait pas à ce stade s'occuper des autres activités qui causent effectivement un dommage transfrontière". En conséquence, "... ces projets d'article devaient envisager d'abord les mesures préventives qu'exigent ces activités à risque". C'est ainsi qu'elle a demandé que, dans le rapport qu'il lui soumettrait en 1993, le Rapporteur spécial "poursuive l'examen de la question de la prévention uniquement en ce qui concerne les activités à risque et propose une série révisée de projets d'article sur cette question"¹.

2. Le débat sur la nécessité ou non de définir des règles en matière de prévention est de ce fait clos pour l'instant : nous nous prononcerons ultérieurement sur le caractère obligatoire ou non des dispositions qui existent sans doute sur la matière. Par ailleurs, notre propos doit être circonscrit aux textes proposés concernant la prévention à l'exclusion des questions relatives à la responsabilité, sujet qui sera examiné le moment venu.

3. Il va sans dire que, sous réserve de l'issue du débat, les articles proposés devront être renvoyés dès que possible au Comité de rédaction pour que celui-ci les examine en toute diligence, les dispositions consacrées expressément à la matière ayant déjà été l'objet de débats à trois reprises, d'abord à l'occasion de notre cinquième rapport, ensuite dans notre sixième rapport où nous avons repris nombre des observations formulées dans notre cinquième rapport et enfin dans notre huitième rapport. A vrai dire, le Comité de rédaction n'a pas besoin de matériau supplémentaire pour pouvoir s'acquitter de sa tâche.

B. Quelques observations sur la prévention

4. Nous avons déjà examiné dans notre huitième rapport la nature de la prévention s'agissant des activités à risque et avons fait remarquer ce qui suit :

"Nous avons vu que les mesures préventives à la charge de l'Etat seraient très différentes de celles qui incomberaient aux exploitants privés : l'Etat devrait adopter une législation (lois et dispositions administratives) prudente et complète en matière de prévention et veiller à ce qu'elle soit respectée à l'aide des moyens juridiques dont il dispose. Les particuliers devraient prendre les mesures, concrètes ou de fond, que l'Etat leur imposerait"².

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément No 10 (A/47/10), par. 346 et 349.

² A/CN.4/443, par. 14.

5. Objet des mesures en question : essayer de réduire au minimum dans les activités menées sous la juridiction ou le contrôle d'un Etat la probabilité de tout accident ayant des effets transfrontières et de réduire le dommage résultant d'un tel accident (c'est-à-dire parvenir non seulement à amoindrir le risque de dommage mais aussi à amoindrir le risque de dommage mineur) et essayer de réduire, de limiter ou de maîtriser dans la zone d'activité les effets nocifs de tout accident ayant des effets transfrontières.

6. Nous soulignons le verbe essayer pour indiquer que l'objet de l'obligation n'est pas d'éviter que tout dommage ne se produise - ce qui est aléatoire, par définition, dès lors qu'il s'agit d'activités qui créent un risque - mais d'adopter certaines mesures pour atteindre les buts recherchés. Ainsi, l'Etat ne verra pas en principe³ sa responsabilité engagée à raison d'activités privées vis-à-vis desquelles il s'est acquitté de l'obligation de contrôle mise à sa charge : en accordant l'autorisation préalable une fois satisfaites les prescriptions énoncées par les dispositions pertinentes, en notifiant les parties présumées affectées, en procédant aux consultations requises, en adoptant une législation tendant raisonnablement à atteindre les buts recherchés, en exerçant le contrôle administratif voulu (demande de rapports aux exploitants, inspections, etc.).

7. En examinant de près les dispositions arrêtées antérieurement en matière de prévention, on s'aperçoit que les obligations de prévention recourent celles dites de "due diligence" qui ne sont transgressées que si l'on ne consent pas des efforts raisonnables pour les respecter. De ce fait, elles n'auraient pas le caractère que l'on voudrait leur assigner a priori, à savoir celui d'une obligation de résultat telle qu'énoncée aux articles 21 et 23 de la première partie, et plus précisément celle prévue à l'article 23, qui consiste à prévenir un événement donné. La CDI elle-même nous prévient contre le risque de confondre ces deux types d'obligation dans un rapport consacré à la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des Etats en faisant observer que "les obligations exigeant de prévenir des événements donnés ne s'identifient donc pas avec celles qu'on désigne parfois par le terme global d'obligations de vigilance". La réalisation de la violation de celles-ci se résume souvent en une activité de l'Etat, et n'est pas nécessairement affectée par le fait qu'un événement extérieur se produit ou ne se produit pas"⁴.

8. C'est à propos des obligations de l'Etat et de sa responsabilité éventuelle qu'apparaît principalement le déséquilibre entre pays en développement et pays développés déjà évoqué. On a fait valoir à plusieurs reprises à la CDI et à la

³ Nous disons "en principe" parce que l'Etat pourrait avoir une responsabilité subsidiaire dans certains cas, par exemple si l'exploitant ou son assurance ne parvient pas à rassembler le montant requis pour réparer le dommage causé, comme il arrive dans certaines conventions ou dans d'autres hypothèses envisageables. La question de l'existence d'une telle responsabilité subsidiaire à la charge de l'Etat et de la nature de celle-ci sera évoquée à l'occasion de l'examen de la question relative à la responsabilité : nous nous bornons ici à évoquer cette hypothèse dont l'existence et les modalités dépendront de la décision de la CDI.

⁴ Annuaire... 1978, vol. II (deuxième partie), p. 93 (A/33/10), note 397.

Sixième Commission que les pays en développement ne possèdent pas les ressources financières et la technologie requises pour contrôler l'activité des sociétés transnationales auxquelles ces activités à risque sont généralement imputables. Le Rapporteur spécial partage cette opinion et se propose de présenter un texte qui d'une manière générale aiderait à prendre cette situation en considération. Sans doute vaudrait-il mieux insérer ce texte dans le chapitre consacré aux principes qui gouvernent l'application de toutes les règles particulières. La question de l'assistance que les organisations internationales pourraient prêter aux pays en développement est évoquée plus loin dans le présent rapport.

I. LE PROJET D'ARTICLES

A. Considérations d'ordre général

9. Nous avons numéroté de 1 à 9 les projets d'articles relatifs à la prévention dans notre huitième rapport, puisque nous nous proposons de les présenter sous la forme d'une annexe; cela explique que cette numérotation corresponde à d'autres articles dans le corps du projet d'articles proprement dit. Si la CDI rejetait l'idée d'une telle annexe, nous serions contraints de replacer ces dispositions dans le corps du projet d'articles. Comme le Comité de rédaction est saisi pour examen des articles 1 à 9 du projet d'articles et que l'article 10 de ce projet (le principe de la non-discrimination) fera certainement partie de l'ensemble des dispositions que le Comité est appelé à examiner, il faudrait affecter le numéro 11 au premier article sur la prévention et renuméroter les articles suivants en conséquence.

10. Nous reproduirons d'abord les dispositions proposées pour insertion dans l'annexe au huitième rapport, et qui étaient présentées sous la forme non pas tant de recommandations que de propositions juridiques, toutes références aux activités à effets nocifs dont l'examen a été différé en étant supprimées. Nous nous inspirerons de ces dispositions pour élaborer de nouveaux projets d'articles en tenant compte, autant que possible, des observations formulées l'an dernier lors des débats à la CDI et à la Sixième Commission.

B. Textes des dispositions

1. Article intitulé "Mesures de prévention"

a) Texte

11. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a tiré le texte suivant de l'article premier de l'annexe :

"Mesures de prévention"

Les activités visées à l'article premier du dispositif principal sont soumises à l'autorisation préalable de l'Etat sous la juridiction ou le contrôle duquel elles doivent être exercées. Avant d'autoriser ou d'entreprendre une telle activité, l'Etat devrait disposer d'une évaluation du dommage transfrontière qu'elle est susceptible de causer et s'assurer, par des mesures législatives et administratives ou des mesures d'application, que les responsables de l'activité appliqueront les

meilleures techniques disponibles pour éviter tout dommage transfrontière appréciable ou réduire au minimum le risque d'un tel dommage, selon le cas."

b) Fondements

i) L'obligation de coopérer

12. La première mesure à prendre consiste dans l'évaluation des effets transfrontières. Ainsi que nous le faisons observer dans notre huitième rapport et auparavant dans notre cinquième rapport, cette obligation est intimement liée aux obligations de notification, d'information et de consultation et il convient de garder les autres à l'esprit lorsqu'on examine l'une quelconque d'entre elles. L'un des fondements de ces obligations est l'obligation de coopérer énoncée à l'article 7 du projet d'articles et qui nous avait inspiré l'observation suivante :

"Le devoir de coopérer crée en premier lieu le devoir pour l'Etat de s'assurer qu'une activité qui, d'après ses caractéristiques extérieures, semble devoir susciter des risques ou produire des effets nocifs, les suscite ou les produit effectivement. Il devra à cette fin procéder à un examen suffisamment approfondi de cette activité pour parvenir à des conclusions fermes sur ce point"⁵.

ii) L'interdiction faite à l'Etat d'utiliser son territoire à des fins préjudiciables aux droits d'autres Etats

13. L'autre fondement consiste dans l'interdiction faite à tout Etat d'utiliser son territoire d'une manière préjudiciable aux droits des autres Etats, autrement dit dans l'obligation qui lui est faite de prendre toutes les mesures voulues pour éviter qu'il en soit ainsi.

"Le devoir de coopérer étant ainsi l'un des fondements des obligations considérées, l'autre fondement serait exprimé par la règle générale qui se dégage des cas de jurisprudence internationale couramment cités en la matière, à savoir que l'utilisation délibérée par un Etat de son territoire pour causer un préjudice à un autre Etat n'est pas autorisée en droit international. Nous rappelons en premier lieu l'affaire de la fonderie de Trail où il était déclaré : '... aucun Etat n'a le droit d'user de son territoire ou d'en permettre l'usage de façon à causer un préjudice par des fumées dans le territoire d'un autre ou au territoire d'un autre, ou aux biens et personnes qui s'y trouvent...' De même, dans l'affaire du détroit de Corfou, la Cour énonçait : '... l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats'"⁶.

⁵ A/CN.4/423, par. 76.

⁶ Ibid., par. 78.

c) Observations faites lors du débat à la dernière session

14. La disposition reproduite dans l'annexe combine l'obligation "d'évaluer les effets transfrontières" énoncée dans l'ancien article 11 et les mesures unilatérales prévues à l'ancien article 16. Au cours du débat, on s'est prononcé en faveur de l'idée de consacrer une disposition distincte à chaque obligation, ce qui est faisable. On a également fait valoir qu'il faudrait maintenir dans le chapitre relatif à la prévention l'obligation mise à la charge de l'Etat d'imposer aux particuliers de souscrire une assurance en vue de percevoir éventuellement des indemnités, obligation que nous nous proposons d'insérer dans le chapitre consacré à la responsabilité, dans la mesure où l'assurance, loin d'empêcher l'accident de se produire, est destinée à réparer les dommages qui en résultent. Quant à nous, nous ne voyons aucun inconvénient à suivre cette suggestion et à insérer cette obligation dans le présent article, dès lors qu'il s'agit là d'un aspect que l'Etat ne manquera pas de vérifier avant d'autoriser telle ou telle activité ou à l'occasion de l'évaluation du dommage transfrontière.

d) Mesures unilatérales de prévention

i) L'autorisation préalable

a. Observations d'ordre général

15. Diverses opinions ont été exprimées concernant l'obligation d'autorisation préalable. Dans l'ensemble, on s'est prononcé en faveur de cette obligation encore qu'un membre ait douté de la nécessité de lui donner un caractère contraignant. Un autre membre l'a jugée inutile estimant qu'il n'existait pas au monde d'Etat qui ne l'exigerait au nom de la défense de sa propre population, s'il se trouvait en présence d'activités dangereuses mais qui malgré tout s'opposerait à sa consécration par voie conventionnelle, parce qu'il y verrait une ingérence dans ses affaires intérieures. Cette opinion a été expressément rejetée par un autre membre. A notre avis, on ne saurait voir dans cette exigence une ingérence inacceptable dans les affaires intérieures d'un Etat, dans la mesure où elle vise à prévenir la violation du droit de l'Etat à son intégrité physique et territoriale. Pour démontrer qu'il est inutile de consacrer cette obligation, on a fait valoir que c'est la population ou l'environnement de l'Etat d'origine proprement dit qui subit en premier lieu un préjudice du fait d'une activité dangereuse et que, par suite, c'est celui-ci qui a principalement intérêt à exiger une autorisation préalable. Il convient cependant de souligner premièrement que l'Etat affecté ne se satisferait pas du seul fait que l'Etat d'origine se trouverait lui-même affecté par le dommage résultant d'activités menées sur son propre territoire; deuxièmement, que la survenance d'un tel dommage sur son territoire ne lève pas pour l'Etat d'origine l'interdiction d'utiliser son territoire d'une manière préjudiciable aux droits d'Etats tiers⁷. Au reste, il se peut que dans certain cas, une activité cause un dommage dont les effets se font sentir en tout ou en partie hors du territoire d'un Etat et qui, de ce fait, n'affecte ni sa population ni son environnement ou les affecte beaucoup moins que ceux d'un Etat voisin. Un premier exemple serait celui d'une installation située à proximité d'une frontière dont les émissions seraient transportées par des vents constants vers

⁷ Affaire du détroit de Corfou, affaire de la fonderie de Trail, etc.

le territoire d'un Etat voisin ou vers la rive d'un cours d'eau qui charrierait la pollution directement vers l'Etat voisin sans affecter la partie du cours d'eau située dans le territoire de l'Etat d'origine. Un deuxième exemple serait celui d'un dépotoir de déchets dangereux situé également à proximité d'une frontière internationale : ses effets dommageables peuvent en partie se faire sentir à l'étranger. Loin d'être le fruit de notre imagination, ces exemples sont empruntés à la vie courante et à la pratique internationale. Il s'ensuit dès lors que l'on ne peut pas en principe invoquer le fait que l'Etat d'origine lui-même soit généralement la première victime pour le décharger de l'obligation de prendre en considération les droits des Etats pouvant être affectés.

16. On a par ailleurs déclaré qu'il serait dans certains cas impossible d'évaluer les répercussions transfrontières de certaines activités. Sans qu'il soit besoin de se transporter sur le territoire de l'Etat affecté, on peut dans un grand nombre de cas déterminer si une activité qui présente certaines caractéristiques dangereuses est susceptible de produire des dommages transfrontières rien qu'en examinant les substances qu'elle fait intervenir ou la technologie à laquelle elle fait appel ou en ayant une connaissance générale du territoire de l'Etat voisin affecté; sans qu'il soit besoin d'effectuer de visite ponctuelle, on peut donc acquérir la certitude que telle activité pourrait causer des dommages dans certaines zones particulièrement vulnérables ou protégées. A défaut, on sollicitera bien entendu le concours de l'Etat affecté pour procéder sur place aux opérations qui permettront de se prononcer de manière catégorique sur les risques inhérents à l'activité considérée. Tel est le sens de l'invitation à participer adressée à l'Etat affecté par le biais de la notification, de l'échange d'informations et de la consultation. Si l'Etat présumé affecté refuse d'admettre sur son territoire les envoyés de l'Etat d'origine ou entrave le déroulement de leurs activités d'une manière ou d'une autre, il est clair qu'il n'aura pas sujet à se plaindre en cas de dommage.

b. Activités déjà en cours

17. Si une activité qui se déroulait déjà sur le territoire de l'Etat d'origine sans que l'on ait, pour une raison ou une autre, obtenu dudit Etat une autorisation préalable à cette fin venait à être signalée à l'attention de cet Etat comme étant une activité présumée dangereuse, l'Etat en question devra exiger de l'exploitant qu'il sollicite l'autorisation voulue auprès des organismes compétents en suivant la même procédure que celle prévue à l'article 11.

c. Non-suspension de l'activité

18. L'Etat d'origine doit-il ordonner la suspension de l'activité en attendant qu'il soit satisfait aux prescriptions d'ordre procédural : notification, et surtout consultation avec l'Etat ou les Etats affecté(s)? Il semblerait que la CDI se soit majoritairement prononcée par la négative. Dans l'abstrait, il pourrait y avoir une certaine logique à suspendre l'activité jusqu'à ce qu'il soit satisfait aux exigences de la prévention absolue, autrement dit à celle qui implique la participation de la ou des partie(s) affectée(s). Il convient toutefois de rappeler que de nombreuses voix se sont élevées à la CDI et à l'Assemblée générale contre l'octroi d'un quelconque droit de veto aux Etats affectés qu'impliquerait le fait d'exiger d'attendre qu'il soit satisfait aux

procédures internationales. Sans doute le meilleur moyen de satisfaire ce voeu serait-il d'autoriser l'Etat d'origine à entamer ou à poursuivre l'activité en cause tout en veillant à élargir ses propres mesures de garantie aux dommages transfrontières que l'activité pourrait produire selon la formule énoncée dans le chapitre consacré à la responsabilité.

d. La notion de prévention

19. Nous avons jusqu'ici examiné les modifications proposées lors du débat. L'article 14 modifie légèrement la formulation retenue par l'ancien article premier in fine de l'annexe. Il introduit la notion de prévention en ces termes : a) réduire au minimum le risque de dommages transfrontières, c'est-à-dire réduire la fréquence des accidents; b) réduire au minimum si possible l'ampleur du dommage éventuel, par exemple substituer dans le déroulement de l'activité un facteur moins puissant à un facteur de grande puissance et, par suite, susceptible de produire un effet plus important, encore que cela ne modifie en rien la fréquence des accidents, statistiquement parlant. Cette double fonction serait conforme à la définition du risque proposée dans notre huitième rapport selon laquelle le risque engloberait les deux éléments susmentionnés : l'effet combiné de la probabilité d'un accident et de l'ampleur des dommages redoutés; c) maîtriser ou réduire au minimum les effets dommageables d'un accident qui s'est déjà produit par exemple en prenant si possible dans le territoire de l'Etat d'origine certaines mesures en vue d'endiguer les effets déclenchés avant qu'ils ne parviennent à la frontière ou en adoptant d'autres mesures propres à aider à maîtriser ces effets, ce qui équivaut à la "prévention ex post facto" bien connue, laquelle est envisagée par la plupart des conventions relatives à la responsabilité civile.

ii) Evaluation des effets transfrontières

20. L'évaluation des effets transfrontières en tant que condition préalable à l'autorisation par l'Etat de la réalisation de telle ou telle activité est prescrite par la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, notamment aux paragraphes 2 et 3 de son article 2 ainsi qu'au paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels. Dans cette dernière convention, l'évaluation et l'autorisation en question sont requises également lorsqu'on envisage d'introduire un changement important (major change) dans l'activité considérée. Le principe 12 énoncé par le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) en matière d'évaluation de l'impact sur l'environnement va dans le même sens :

"Lorsqu'il ressort des renseignements recueillis dans le cadre d'une EIE qu'une activité proposée est susceptible d'avoir des effets sensibles sur l'environnement d'un autre Etat, l'Etat dans lequel l'activité en question est prévue devrait, dans la mesure du possible : a) signaler l'activité proposée à l'Etat susceptible d'en subir les effets; b) communiquer à l'Etat susceptible d'être touché toute information pertinente tirée de l'EIE et dont la transmission n'est pas interdite par

les lois ou règlements nationaux; c) engager des consultations en temps voulu dans le cas où il existe un accord à ce sujet entre les Etats intéressés"⁸.

De même, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement stipule ce qui suit en son principe 17 :

"Une étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente."

iii) Les autres mesures unilatérales

21. En ce qui concerne les autres mesures unilatérales, le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières fait obligation à l'Etat d'adopter des mesures strictes (selon les normes de sécurité, en utilisant les meilleures techniques disponibles) pour prévenir, maîtriser et réduire la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, ainsi que : a) de ramener à un minimum les risques de dommage et b) d'atténuer et de limiter les dommages provoqués par cette pollution (art. II, par. 2). De même, il définit en son article III les mesures législatives et administratives que les parties doivent prendre pour prévenir, maîtriser et réduire la pollution accidentelle des eaux transfrontières et atténuer et limiter les dommages qui en résultent (par. 1). Les mesures en question devraient encourager le développement et l'application appropriées des meilleures techniques disponibles et leur utilisation dans des conditions de sécurité pour prévenir, maîtriser et réduire efficacement la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières (par. 2)⁹.

22. La Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière dispose, quant à elle, que "les Parties prennent, individuellement ou conjointement, toutes mesures appropriées et efficaces pour prévenir, réduire et combattre l'impact transfrontière préjudiciable important des activités proposées" (art. 2, par. 1). Il s'agit là d'une disposition très importante en ce sens que la Convention, loin de se borner à consacrer l'obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement, prescrit également de le prévenir, de le réduire et de le maîtriser; c'est ce qui explique que cet article soit évoqué dans le commentaire sur les mesures unilatérales (adoptées en l'occurrence conjointement elles aussi avec d'autres Etats). Cela dit, cette disposition en apparence très générale est suivie d'une autre plus spécifique :

"Chaque Partie prend les mesures juridiques, administratives ou autres, nécessaires pour mettre en oeuvre les dispositions de la présente Convention, y compris, en ce qui concerne les activités proposées inscrites

⁸ Buts et principes de l'évaluation de l'impact sur l'environnement approuvés par le Conseil d'administration du PNUE dans sa décision 14/25 du 17 juin 1987. Voir UNEP/WG.152/4, annexe; reproduits également dans le document UNEP/GC.17, annexe III.

⁹ E/ECE/1225; ECE/ENWVA/16, p. 6 et 7.

sur la liste figurant à l'appendice I qui sont susceptibles d'avoir un impact transfrontière préjudiciable important, l'établissement d'une procédure d'évaluation de l'impact sur l'environnement permettant la participation du public et la constitution du dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement décrit dans l'appendice II"¹⁰.

23. La Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels stipule au paragraphe 1 de son article 3 que "les Parties ... prennent les dispositions appropriées et coopèrent dans le cadre de la présente Convention, afin de protéger les êtres humains et l'environnement contre les accidents industriels en prévenant ces accidents dans toute la mesure possible, en réduisant la fréquence et la gravité et en atténuant les effets. A cette fin, des mesures préventives, des mesures de préparation et des mesures de lutte, y compris des mesures de remise en état, sont appliquées". Elle dispose en son alinéa 3 que "les parties veillent (ensure that) à ce que l'exploitant soit tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour que l'activité dangereuse (hazardous activity) se déroule en toute sécurité et pour prévenir les accidents industriels, le paragraphe 4 venant compléter ces dispositions en énonçant ce qui suit : "En application des dispositions de la présente Convention, les parties prennent les mesures législatives, réglementaires, administratives et financières appropriées pour prévenir les accidents industriels, s'y préparer et y faire face"¹¹.

24. Nous avons cité les dispositions pertinentes des trois instruments évoqués en laissant cependant de côté d'autres instruments consacrés à la responsabilité à raison de dommages transfrontières parce que outre qu'ils mettent tout particulièrement l'accent sur la prévention, ces instruments consacrent les notions les plus avancées sur ce sujet. Nous tenons à préciser que la traduction en espagnol est nôtre.

e) Dispositions proposées par le Rapporteur spécial en remplacement de l'article premier de l'annexe

25. Nous proposons en lieu et place du texte unique de l'article premier de l'annexe diverses dispositions compte tenu des tendances qui se sont fait jour lors du débat à la dernière session de la CDI.

"Article 11

Autorisation préalable

Les activités visées à l'article premier requièrent l'autorisation préalable de l'Etat sous la juridiction ou le contrôle duquel elles doivent être exercées. Cette autorisation est également requise chaque fois qu'il est envisagé d'introduire un changement important dans ladite activité.

¹⁰ International Legal Materials, vol. XXX, No 3, mai 1991, p. 803.

¹¹ International Legal Materials, vol. XXXI, No 6, novembre 1992, p. 1335.

Article 12

Evaluation des effets transfrontières

En vue d'accorder l'autorisation visée à l'article 11, l'Etat d'origine ordonne qu'il soit procédé à l'évaluation des éventuels effets transfrontières de l'activité considérée et du risque de voir lesdits effets se produire.

Article 13

Activités préexistantes

Si un Etat découvre que quelque(s) activité(s) à risque est entreprise sous sa juridiction ou son contrôle sans son autorisation, il ordonne aux responsables de son exécution de solliciter ladite autorisation en satisfaisant aux prescriptions des présents articles. L'activité en cause continue d'être exercée en attendant qu'il soit satisfait à ces prescriptions étant entendu que l'Etat est tenu responsable des dommages éventuels dans les conditions prévues par les articles pertinents.

Article 14

Exercice des activités

Tout Etat veille, par le biais de mesures législatives et administratives ou autres, à ce que les exploitants des activités en question adoptent toutes mesures, y compris les meilleures techniques disponibles, pour réduire au minimum le risque de dommages transfrontières importants et leur ampleur probable ou, pour en cas d'accident, maîtriser et ramener ce risque au minimum. De même, tout Etat encourage la souscription d'une assurance obligatoire ou autres garanties financières qui permettent de verser les réparations dues."

2. Article intitulé "Notification et information"

a) Texte :

26. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a tiré le texte suivant de l'article 2 de l'annexe :

"Notification et information

Si l'évaluation prévue à l'article précédent fait apparaître la certitude ou l'éventualité d'un dommage transfrontière appréciable, l'Etat d'origine en informe les Etats susceptibles d'être affectés en leur fournissant les informations techniques dont il dispose pour étayer son évaluation. Si l'effet transfrontière est susceptible de s'étendre à plusieurs Etats, ou si l'Etat d'origine ne peut déterminer avec précision les Etats qui seront affectés, l'Etat d'origine se fera aider par une organisation internationale compétente en la matière pour déterminer les Etats affectés."

b) Observations d'ordre général

27. Nombreux sont les instruments qui disposent que la notification s'impose dans les cas semblables à celui qui est prévu dans le projet d'article susmentionné, par exemple, la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, dans son article 3, et la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, implicitement dans son article 3, qui mentionne la nécessité d'informer les Etats affectés, et expressément dans son article 10. La même exigence est posée dans le Principe 19 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, qui se lit comme suit :

"Les Etats doivent prévenir suffisamment à l'avance les Etats susceptibles d'être affectés et leur communiquer toutes informations pertinentes sur les activités qui peuvent avoir des effets transfrontières sérieusement nocifs sur l'environnement et mener des consultations avec ces Etats rapidement et de bonne foi."

c) La participation de l'Etat affecté

28. Comme le Rapporteur spécial l'a exposé dans son cinquième rapport et réitéré dans son huitième rapport, l'évaluation des effets transfrontières, la notification, l'information et la consultation sont des obligations intimement liées, qui ont toutes pour objectif - très important en matière de prévention - de promouvoir la participation de l'Etat susceptible d'être affecté pour qu'il puisse contribuer à améliorer les conditions de sécurité dans lesquelles l'activité se déroule dans l'Etat d'origine et, en même temps, être à même de prendre sur son propre territoire les mesures de précaution propres à en prévenir ou à en atténuer les effets transfrontières. Comme on le voit, l'un des fondements des obligations en question est la coopération, qui constitue l'un des principes proposés dans l'article 7 de notre projet.

"Nous disons que la notification découle de l'obligation générale de coopérer, du fait qu'il est parfois nécessaire de prévoir une action conjointe des deux Etats, l'Etat d'origine et l'Etat affecté, pour permettre une prévention plus complète. Certaines mesures prises sur le territoire de l'Etat affecté pourraient peut-être servir de défense et éviter que ce territoire ne soit affecté par des effets produits sur le territoire de l'Etat d'origine. Il se peut aussi que la coopération de l'autre Etat soit utile du fait de l'échange de données qui peut intervenir entre les parties, en particulier si cet autre Etat possède une technologie intéressant la question en cause. Cela peut être utile aussi parce qu'un effort conjoint d'investigation est normalement plus fructueux que des tentatives individuelles. Cela revient à dire que la participation de l'Etat affecté est nécessaire pour assurer une prévention réelle et efficace, et l'on peut donc affirmer que les obligations de l'Etat d'origine en vertu desquelles il doit accepter cette participation servent aussi ce but"¹².

¹² A/CN.4/423, Par. 77.

d) L'établissement de régimes spéciaux

29. Une autre finalité de la notification qui se rapporte à l'un des objectifs du projet d'article est de promouvoir l'établissement de régimes particuliers pour des activités spécifiques. Lorsqu'un Etat autorise qu'une activité à risque ait lieu sur son territoire, l'idéal serait que soit convenu, par voie d'accord entre cet Etat et les Etats qui pourraient être affectés, un régime particulier tenant compte des caractéristiques propres à cette activité en vue de mettre en place des mesures de prévention spécifiques comprenant éventuellement les mesures de réparation.

"La première mesure en vue de l'adoption d'un régime est donc la notification... La participation de l'Etat affecté à ce processus est également souhaitable pour l'Etat d'origine, dont on présume qu'il a intérêt à ce qu'on trouve un régime juridique pour une activité comportant un risque ... dont il est responsable. Le régime que l'on cherche à établir au moyen de l'obligation de notifier n'aurait pas seulement pour objet de prévenir les accidents, il servirait aussi à équilibrer les intérêts des parties en introduisant un certain ordre dans une véritable constellation de facteurs. C'est ainsi, par exemple, qu'on pourrait déterminer les mesures de prévention en tenant compte de leurs coûts par rapport à ceux des accidents et aux avantages de l'activité considérée, à l'ampleur des risques que comporte cette activité, à son importance économique et sociale, à la participation éventuelle de chacun des Etats aux dépenses qu'entraînent les opérations - s'il convient d'envisager le partage de certaines dépenses - aux exceptions que l'on peut invoquer à ces obligations, etc.,"¹³.

e) La participation d'organisations internationales

30. A propos du présent article, diverses observations ont été formulées pour ou contre l'intervention d'organisations internationales et au sujet de la nature de cette intervention. Les opinions ont été très variées - les uns se montrant totalement sceptiques, les autres réclamant un rôle beaucoup plus important pour les organisations, surtout par rapport à la situation des pays en développement. Il ne fait aucun doute qu'il y a des organisations capables d'apporter aux pays en développement l'assistance qu'ils pourraient leur demander, puisqu'elles le font actuellement dans de nombreux domaines analogues et qu'elles sont largement capables de le faire pour ce qui leur serait demandé ici. A bien y réfléchir, toutefois, là n'est pas la question; il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure nos articles peuvent obliger une entité de ce genre à apporter cette assistance. Non pas que nous doutions de sa volonté de l'apporter, mais à quoi sert-il qu'un instrument dont sont parties un certain nombre d'Etats établisse des obligations d'assistance à la charge d'organisations qui n'en sont pas parties? Un tel instrument peut seulement faire pression sur les Etats Membres et tout au plus prévoir que si un Etat demande l'intervention d'une organisation internationale, l'autre ne peut s'y opposer dans l'hypothèse où ladite organisation accepterait de jouer le rôle qu'on lui assigne.

¹³ Ibid., par. 100 et 101.

31. Peut-être pourrait-on à cet égard utiliser le précédent des articles 202 et 203 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

L'article 202, qui porte sur l'assistance aux Etats en développement dans les domaines de la science et de la technique, prévoit que : "Les Etats, agissant directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes, doivent promouvoir des programmes d'assistance...", etc. Il s'agit manifestement ici d'une obligation des Etats parties, qui peuvent agir soit directement, soit par l'intermédiaire d'organisations internationales. Le texte laisse supposer que l'organisation en question a accepté d'accéder à la demande de l'Etat considéré, et ce pour diverses raisons, ne serait-ce que parce qu'elle est tenue, conformément à son statut, de faire ce que lui a demandé ledit Etat. Par contre, dans l'article 203, obligation est faite aux organisations internationales d'accorder un traitement préférentiel aux Etats en développement en ce qui concerne l'allocation de fonds d'assistance technique appropriés et l'utilisation de leurs services spécialisés. Selon notre interprétation, cette obligation concerne les organisations internationales qui sont parties à la Convention conformément à l'alinéa f) du paragraphe 1 de l'article 305 et dans les limites prévues à l'annexe IX. Tel n'est pas le cas de nos articles, qui ne prévoient pas que des organisations internationales y deviennent parties. Le Rapporteur spécial est disposé à recevoir toutes les suggestions qui pourraient lui être faites à cet égard, mais il avoue qu'après avoir introduit à titre d'essai des propositions relatives au rôle des organisations internationales dans ce domaine, il ne voit pas la possibilité de leur imposer une quelconque obligation juridique dans un instrument auquel elles ne sont pas parties. Le libellé de l'ancien article 2 était conforme à ce qui vient d'être dit puisqu'il y était indiqué que les Etats d'origine pouvaient chercher à obtenir l'aide d'une organisation internationale compétente pour déterminer les Etats qui pourraient être affectés. En proposant la rédaction qui fait l'objet du présent commentaire, le Rapporteur spécial avait à l'esprit le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), qui possède un système mondial de surveillance continue de l'environnement (GEMS), dont les objectifs sont : a) de procéder à une évaluation d'ensemble des principaux problèmes relatifs à l'environnement et de fournir ainsi les données scientifiques voulues pour la gestion rationnelle des ressources naturelles et de l'environnement, et b) de signaler rapidement les modifications de l'environnement en analysant les données de la détection¹⁴. Il existe, bien entendu, d'autres organisations internationales et d'autres programmes internationaux qui s'occupent de rassembler des données et de les étudier dans des domaines comme l'environnement, la protection de la santé contre les effets transfrontières, etc., et qui pourraient certainement aider les pays en développement à mieux comprendre ces questions. Tel est le cas de la Commission économique pour l'Europe, soit par l'intermédiaire de ses commissions soit en collaboration avec l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), l'Organisation mondiale de la santé (OMS), le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) ou le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), l'Organisation météorologique mondiale (OMM), l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA), l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), etc.

¹⁴ Voir le document intitulé "GEMS: Global Environment Monitoring System" publié par le PNUE.

f) Autres observations

32. Dans une observation, il a été souligné qu'il faudrait introduire une certaine idée d'urgence dans le temps que met l'Etat d'origine à procéder à la notification. Cette idée figurait déjà dans le projet d'article 11 du sixième rapport, où il était prévu que la notification devait se faire "le plus tôt possible"; elle peut être réintroduite dans notre article 15.

33. L'opinion a été émise qu'il pourrait être impossible de notifier tous les intéressés ou d'évaluer les effets transfrontières, par exemple dans le cas du lancement d'un satellite. La notification à tous les intéressés et l'évaluation doivent bien entendu avoir lieu dans la mesure du possible. La notification pourrait simplement se faire urbi et orbi ou bien par l'intermédiaire d'une organisation internationale de caractère mondial qui accepterait de prêter ses services à cette fin. S'il n'est pas possible de déterminer dès l'abord tous les Etats qui pourraient être affectés, l'Etat d'origine notifiera tous ceux qu'il croit être dans cette situation. S'il apparaît par la suite qu'un autre Etat est susceptible d'être, lui aussi, touché, l'Etat d'origine devra le lui notifier et lui communiquer les informations voulues, faute de quoi l'Etat présumé affecté sera en droit de demander la consultation prévue à l'article 18, avec les garanties requises.

34. L'évaluation ne semble pas si difficile, puisque ce qui est demandé n'est pas la certitude qu'il va se produire un dommage transfrontière appréciable, mais seulement la certitude qu'il existe un risque appréciable d'un tel dommage. C'est pourquoi il faudra définir le mieux possible les activités en cause, puisque l'Assemblée générale et la Commission du droit international ont rejeté l'idée de listes d'activités dangereuses ou de substances dangereuses qui confèreraient un caractère de risque à l'activité qui fait appel à elle, etc. Dans ses rapports précédents, le Rapporteur spécial a suggéré d'énumérer dans une annexe, à titre purement indicatif, des substances dangereuses qui illustreraient la définition générale et permettraient de mieux caractériser une activité nouvelle. En tout cas, la notification et, éventuellement, la consultation, assorties d'un régime d'assistance comme celui qui est examiné plus loin, pourraient permettre aux intéressés de parvenir à une conclusion valable.

g) L'information

35. Le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières non seulement prévoit l'obligation générale d'échanger des renseignements sur les mesures adoptées, mais encore recommande, au paragraphe 4 de son article VI, que les pays riverains échangent des renseignements sur l'autorisation d'activités planifiées comportant un risque important de pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, et la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels contient une disposition relative à l'échange d'informations - l'article 15 - qui renvoie à une annexe où sont énumérées les informations que doivent se communiquer les parties intéressées : mesures législatives et administratives, programmes de surveillance, de planification et de recherche-développement, expérience acquise en matière d'accidents et mise au point et application des meilleures technologies disponibles pour mieux protéger l'environnement et en améliorer la sécurité, etc. La même obligation est prévue au paragraphe 2 de l'article 3.

36. Par conséquent, en plus de l'obligation d'informer qui est faite à l'Etat d'origine au moment où il autorise une activité qui risque d'être dangereuse, il doit exister entre les parties une obligation générale d'échanger périodiquement des renseignements pendant le déroulement de ladite activité.

h) Participation du public

37. Par ailleurs, bon nombre d'instruments relatifs aux effets transfrontières des activités menées dans un pays énoncent un principe concernant la participation des personnes physiques et morales qui pourraient être touchées par l'accident. Ce principe s'applique en premier lieu à la population proprement dite et il prévoit qu'elle doit être suffisamment informée des effets nocifs éventuels d'une activité à risque pour être à même de participer au processus administratif de prise de décisions qui la concerne de près. Dans d'autres instruments, le droit s'étend aux personnes physiques et morales dans les Etats affectés (voir art. 9 et annexe VIII de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels et le principe 10 de la Déclaration de Rio). Dans le cas qui nous occupe, les Etats qui offrent ces possibilités à leurs propres populations devraient naturellement, au nom du principe de la non-discrimination, les étendre aux habitants des pays affectés qui se trouvent dans les mêmes conditions que leurs propres habitants. Puisque nous élaborons des règles qui doivent être universellement applicables et que le degré d'évolution de même que de sensibilisation, tant politique que sociale, varie considérablement d'un pays à l'autre s'agissant d'un domaine aussi vaste, le Rapporteur spécial est d'avis que l'on pourrait incorporer dans le projet une obligation dans le sens indiqué plus haut mais en l'assortissant d'une réserve exprimée par les mots "dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra", obligation applicable aux populations des Etats d'origine, qui devrait être étendue aux habitants des pays affectés qui se trouvent dans les mêmes conditions.

i) Texte proposé par le Rapporteur spécial en remplacement de l'article 2 de l'annexe

38. Le Rapporteur spécial propose de remplacer l'article 2 de l'annexe par les articles suivants :

"Article 15

Notification et information

Si l'évaluation prévue à l'article précédent fait apparaître la possibilité d'un dommage transfrontière appréciable :

a) L'Etat d'origine en informe les Etats susceptibles d'être affectés en leur fournissant les informations techniques dont il dispose pour étayer son évaluation;

b) La notification est faite par l'Etat d'origine lui-même ou par l'intermédiaire d'une organisation internationale compétente en la matière si les effets transfrontières d'une activité sont susceptibles de s'étendre à plusieurs Etats qu'il est difficile à l'Etat d'origine de déterminer;

c) Si l'Etat d'origine apprend ultérieurement que d'autres Etats sont susceptibles d'être affectés, il doit les informer sans délai;

d) Dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, les Etats informeront les populations susceptibles d'être affectées du risque que présente une activité soumise à autorisation et des dommages qui pourraient en résulter et leur donneront la possibilité de participer au processus de prise de décisions concernant de telles activités."

Article 16

Echange d'informations

Pendant le déroulement de l'activité, les parties intéressées doivent échanger périodiquement à son sujet toute information présentant de l'intérêt pour une meilleure prévention des dommages transfrontières."

3. Article intitulé "Sécurité nationale et secrets industriels"

a) Texte

39. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a tiré le texte suivant de l'article 3 de l'annexe :

"Sécurité nationale et secrets industriels

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

b) Commentaire

40. Cet article n'a pas suscité beaucoup d'observations. Il a été dit, en général, qu'il était acceptable avec d'éventuelles modifications de forme. Le texte reprend dans ses grandes lignes celui de l'article 20 du projet concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation et modifie celui que le Rapporteur spécial avait présenté comme article 11 dans le cinquième rapport. Le Rapporteur spécial sait bien qu'il existe entre le projet relatif aux utilisations des cours d'eau et le présent projet des différences qui n'autorisent pas toujours à en reprendre les règles par analogie, mais outre qu'il en a tenu compte, il l'a souligné à plusieurs reprises. Toutefois, le commentaire de l'article 20 du projet relatif aux utilisations des cours d'eau contient des considérations qui semblent parfaitement applicables au cas, plus général, traité dans nos articles; en effet, il y est reconnu, d'une part, qu'on ne peut demander aux Etats de communiquer des informations vitales pour leur défense ou leur sécurité nationales, mais, d'autre part, qu'on ne saurait priver un Etat (du cours d'eau) affecté de toute information concernant les effets éventuels des mesures en cause :

"L'article a ainsi pour but de réaliser un équilibre entre les besoins légitimes des Etats concernés : le besoin de préserver la nature confidentielle d'informations névralgiques, d'une part, et, de l'autre, le besoin d'être informé sur les effets négatifs éventuels des mesures projetées"¹⁵.

41. Dans un contexte plus général, notre article s'inspire aussi du rapport du Groupe de travail intergouvernemental d'experts qui a élaboré les "Principes de conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des Etats en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats", où il est dit, au paragraphe 2 du principe 6 : "Lorsqu'une législation nationale ou des conventions internationales interdisent la communication de certains renseignements, l'Etat ou les Etats qui ne peuvent communiquer ces renseignements coopéreront néanmoins avec l'autre Etat ou les autres Etats intéressés, sur la base notamment du principe de la bonne foi et dans un esprit de bon voisinage, dans le but de rechercher une solution satisfaisante"¹⁶. De même, la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels prévoient, au paragraphe 1 de son article 22, que :

"Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte aux droits et ni aux obligations des Parties de protéger, conformément aux lois, règlements, dispositions administratives ou pratiques juridiques acceptées qui sont en vigueur à l'échelon national, et aux règlements internationaux applicables, les informations concernant les données personnelles, le secret industriel et commercial, y compris la propriété intellectuelle, ou la sécurité nationale"¹⁷.

c) Texte proposé par le Rapporteur spécial

42. Le Rapporteur spécial propose le texte suivant :

¹⁵ Voir Annuaire ... 1988, vol. II (deuxième partie), p. 57, document A/43/10, chap. III.C, commentaire de l'article 20.

¹⁶ A/CN.4/406, par. 86. Dans la résolution 34/186, relative à ces principes, qu'elle a adoptée sans la mettre aux voix le 18 décembre 1979, l'Assemblée générale a :

"Prié tous les Etats d'utiliser ces principes comme des directives et recommandations lors de la formulation de conventions bilatérales ou multilatérales concernant les ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats, de bonne foi et dans un esprit de bon voisinage..." (par. 3).

¹⁷ International Legal Materials, vol. XXXI, No 6, novembre 1992, p. 1342.

"Article 17

Sécurité nationale et secrets industriels

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

4. Article intitulé "Consultations en vue de déterminer un régime"

a) Texte

43. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a tiré le texte suivant de l'article 6 de l'annexe :

"Consultations en vue de déterminer un régime

Les Etats intéressés se consultent, au besoin, pour déterminer le risque et l'importance de l'éventuel dommage transfrontière, en vue de procéder aux adaptations et modifications de l'activité envisagée et d'arrêter les mesures préventives et les plans d'intervention d'urgence donnant satisfaction aux Etats affectés, étant entendu que la responsabilité des dommages causés reste régie par les dispositions des articles pertinents du présent instrument."

b) Commentaire

44. On se souviendra que les articles 4 et 5 de l'annexe traitent des activités à effets nocifs, lesquelles seront examinées ultérieurement. Aussi passons-nous directement à l'article 6 de l'annexe qui est consacré aux consultations requises en cas d'activités à risque. C'est ici le lieu d'examiner attentivement la nature desdites consultations et de formuler les observations touchant l'évaluation, la notification et l'information avant de clore ce chapitre où sont évoquées ces quatre exigences si étroitement liées. Nous faisons observer ce qui suit dans notre cinquième rapport :

"Il est clair que la procédure que nous allons examiner comporte trois fonctions intimement liées, de telle sorte qu'aucune d'elles ne peut être séparée des deux autres. Il s'agit de l'évaluation, de la notification et de l'information en ce qui concerne une activité visée à l'article premier. Parfois, l'une ou l'autre de ces fonctions est sous-entendue parce que implicite : comment pourrait-on en effet donner notification à un Etat de certains risques ou effets nocifs d'une activité si l'Etat d'origine n'avait pas procédé au préalable à une évaluation de ses effets éventuels dans d'autres territoires? Comment pourrait-on donner des informations sur l'activité considérée sans donner en même temps ou sans avoir donné auparavant notification à l'Etat affecté de ce dont il s'agit? Comment pourrait-on donner notification de certains dangers sans communiquer en même temps les renseignements que l'on a pu réunir à leur sujet?

De plus, la consultation avec les Etats affectés est également liée aux trois fonctions susmentionnées. A quoi servirait d'évaluer, de notifier et d'informer si l'on ne doit pas consulter l'Etat affecté pour connaître son opinion? Nous avons déjà vu que la liberté de l'Etat d'origine comporte des limites pour ce qui est des activités visées à l'article premier, et que ces limites sont fixées par le dommage appréciable causé aux droits qui s'attachent à la souveraineté d'autres Etats, précisément les Etats affectés. Dans la mesure où ces droits sont ou peuvent être atteints, les Etats affectés ont leur mot à dire au sujet d'activités telles que celles qui sont visées à l'article premier. Et, d'autre part, quelles consultations seraient possibles si les mesures susmentionnées n'avaient pas été prises au préalable"¹⁸?

45. La consultation est dès lors indispensable pour donner un caractère complet à la participation de l'Etat affecté; mais, à l'évidence, les objectifs en sont en principe limités par la nature juridique des activités à risque. Si ces activités sont licites au moment où l'Etat d'origine remplit certaines conditions, nonobstant le fait qu'elles peuvent donner lieu à un dommage transfrontière, la consultation pourra revêtir une portée limitée : la mise en route de telle ou telle activité ne sera pas subordonnée aux accords auxquels on pourrait parvenir à l'occasion de ladite consultation, ni à la satisfaction des prescriptions d'ordre procédural prévues en matière de prévention; on ne pourra davantage en principe demander qu'il y soit mis fin dans la mesure où il s'agirait réellement d'une activité à risque et non d'une activité à effets nocifs se cachant sous les apparences d'une activité à risque.

46. La question de la licéité ou de l'illicéité de telle ou telle activité susceptible de produire un dommage transfrontière a donné lieu, lors du débat de la CDI à sa dernière session, à ce qui, à nos yeux, est un simple malentendu. Si nous avons bien saisi leur thèse, certains ont fait valoir que si le dommage transfrontière est interdit comme il pourrait l'être en vertu du principe 21 de Stockholm ou de la jurisprudence issue d'affaires telles que celles de la fonderie de Trail et du détroit de Corfou, le sujet de la responsabilité pour les actes non interdits serait privé de tout fondement, parce que tous les actes qui entraînent un dommage transfrontière seraient illicites, autrement dit ces actes seraient interdits. Parmi les conséquences normales de tels actes, il faudrait citer premièrement la cessation si l'acte en cause revêt un caractère continu.

47. Par ailleurs, on se souviendra qu'à propos de ces questions nous faisons observer ce qui suit dans notre huitième rapport :

"En ce qui concerne la nécessité de consulter avant d'entreprendre l'activité, la situation est différente selon qu'il s'agit des activités à risque ou des activités à effets nocifs; les premières créent un risque de dommage transfrontière alors que les deuxièmes causent directement un dommage, puisqu'elle sont de celles qui, par définition, l'engendrent au cours de leur déroulement normal. Il ressort très nettement de la doctrine et de la pratique internationales que le dommage transfrontière que causent

¹⁸ A/CN.4/423, par. 73 et 74.

ces activités, lorsqu'il est important, est en principe interdit par le droit international général"¹⁹.

48. En parlant de "ces activités", nous faisons bien entendu allusion aux activités à effets nocifs et non aux activités à risque, ainsi qu'il ressort du texte de la disposition reproduit plus haut et du paragraphe 18 de notre huitième rapport ainsi que des paragraphes 19 et 20 auxquels nous renvoyons les tenants de l'opinion susévoquée. En examinant l'analyse faite par les juristes de la Commission Brundtland, nous faisons observer que l'article 10 du projet de convention qu'ils avaient élaboré interdit en principe toute perturbation transfrontière qui cause un dommage considérable ("c'est-à-dire un dommage qui n'est pas mineur ni insignifiant"). Nous faisons ensuite remarquer ce qui suit au paragraphe 20 :

"La première exception, qui concerne les activités à risque, est énoncée dans l'article suivant - l'article 11; elle fait appel à la notion d'équilibre entre les intérêts :

1. Si une ou plusieurs activités créent un risque important de dommage considérable résultant d'une perturbation transfrontière de l'environnement et si le coût socio-économique et technique général ou le manque à gagner que représente à long terme la prévention ou la réduction de ce risque dépasse de loin l'avantage que comporterait la prévention ou la réduction du risque, l'Etat qui a mené les activités ou permis qu'elles soient menées veille à ce qu'il y ait indemnisation au cas où se produirait un dommage considérable dans une zone relevant de la juridiction nationale d'un autre Etat ou dans une zone située au-delà des limites de la juridiction nationale"²⁰.

49. Nous disions également au paragraphe 21 que "si les intérêts opposés se présentent dans les proportions indiquées" - c'est-à-dire que la balance qui mesure l'équilibre des intérêts penche du côté de l'activité considérée - "il y a là un principe de droit qui autorise soit à continuer, soit à entreprendre l'activité en question"²¹. L'opinion exprimée au cours du débat ne rejoindrait donc pas notre point de vue sur la question, que nous avons exposé de manière très explicite, comme on a pu le voir.

50. Si le raisonnement tenu par les juristes de la Commission Brundtland sur ce point nous inspire des doutes à certains égards, sa tendance générale, à savoir que les activités à risque sont dans certains cas licites, loin d'être une création ex nihilo, repose sur la pratique internationale. Nous faisons remarquer au paragraphe 22 toujours de notre huitième rapport ce qui suit :

¹⁹ A/CN.4/443, par. 18. Non souligné dans le texte.

²⁰ Ibid., par. 20. La citation est tirée de l'ouvrage intitulé Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations. Adopté par le Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement, Londres, Dordrecht, Boston : Graham et Trotman, Martinus Nijhoff, 1987, p. 80.

²¹ Ibid., par. 21.

"Des activités dangereuses ont été entreprises et ont causé, ou menacent de causer, des dommages à des Etats tiers. Les Etats en sont venus à chercher à leur appliquer des régimes juridiques qui consacrent le principe de l'équilibre entre les intérêts et le font généralement en transférant la responsabilité sur les exploitants privés. Tel a été le cas en ce qui concerne l'activité nucléaire dans les diverses conventions dont elle a fait l'objet, le transport d'hydrocarbures par mer, la pollution transfrontière accidentelle et non accidentelle des eaux intérieures, etc."

Nous donnions ensuite des exemples de la situation inverse, par exemple lorsque du fait des risques ou dommages intolérables créés par certaines activités, celles-ci ont fini par être interdites, comme ce fut le cas des essais nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, de l'utilisation des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles, de l'emplacement des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol, etc.,²². Les exemples de la pratique internationale cités dans la note 21 de notre huitième rapport sont pertinents en l'occurrence; en effet, il ressort de cette pratique qu'une activité à risque est en principe licite, à condition que l'Etat d'origine veille à tout le moins au versement des réparations éventuelles, ce qui, au vu de l'exposé des juristes de la Commission Brundtland, pourrait ouvrir la voie à la responsabilité civile du responsable du déroulement de l'activité, qui d'ordinaire se trouve être l'exploitant.

51. Vu ce qui précède, la consultation devrait être entreprise à la demande de l'Etat ou des Etats présumé(s) affecté(s) ou éventuellement de l'Etat d'origine lui-même, mais non automatiquement. Elle doit, dès lors, avoir pour but de répondre aux questions que l'Etat intéressé avait à l'esprit lorsqu'il en a fait la demande, par exemple d'élucider certains points obscurs, d'apporter un complément d'informations touchant la prévention ou de renseigner sur certains aspects du territoire et de l'environnement de l'Etat affecté. Ce dernier pourrait proposer à l'Etat d'origine un régime plus complet, soit de prévention des dommages, soit de maîtrise des dommages (plan d'intervention d'urgence ou autres formes de coopération), soit de responsabilité ou encore des mesures qui, à son avis, permettent de mieux équilibrer les intérêts en présence, en tenant compte notamment des critères définis dans l'ancien article 9 de l'annexe. Les parties pourraient éventuellement s'entendre sur un régime conventionnel qui régirait toutes les questions ayant trait à l'activité considérée.

52. Pour répondre à une opinion exprimée lors du débat à la dernière session, nous estimons qu'il ressort clairement de ce qui précède que la souveraineté de l'Etat d'origine n'est nullement entamée par l'obligation de consulter dans la mesure où il s'agit là d'un devoir qui lui incombe pour avoir autorisé ou entrepris une activité de nature à causer des dommages transfrontières. Il apparaît en outre que l'approbation de l'Etat affecté n'est pas requise pour entamer l'activité en question. Il s'ensuit qu'il n'y a aucune possibilité d'exercice d'un droit de veto par l'Etat ou les Etats affecté(s). Les tenants

²² Ibid.

de cette opinion ont exigé qu'il soit procédé par des moyens techniques à l'évaluation de la capacité de création de dommage transfrontière de l'activité considérée. Quant à nous, nous ne voyons pas d'autre moyen d'évaluer cette capacité²³.

c) Texte proposé par le Rapporteur spécial en remplacement de l'article 6 de l'annexe

53. Le Rapporteur spécial propose de remplacer l'article 6 de l'annexe par le texte suivant :

"Article 18

Consultation préalable

Les Etats intéressés se consultent à la demande de l'un quelconque d'entre eux et sans retard, en vue d'arrêter des solutions mutuellement acceptables concernant les mesures préventives proposées par l'Etat d'origine, la coopération entre les Etats intéressés aux fins de la prévention des dommages et tout autre aspect présentant un intérêt pour l'activité en question, étant entendu que, en tout état de cause, la responsabilité des dommages transfrontières qu'elle pourrait produire reste régie par les dispositions pertinentes du présent instrument."

5. Article intitulé "Initiative des Etats affectés"

a) Texte

54. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a tiré le texte suivant de l'article 7 de l'annexe :

"Si un Etat a des raisons de croire qu'une activité sous la juridiction ou le contrôle d'un autre Etat lui cause un dommage appréciable, ou crée un risque appréciable de lui causer un tel dommage, il peut demander à cet Etat d'appliquer les dispositions de l'article 15. Sa demande est accompagnée d'un exposé technique des raisons sur lesquelles se fonde son opinion. S'il apparaît que l'activité en question est effectivement une de celles que vise l'article premier, l'Etat d'origine prend à sa charge le coût de l'étude."

²³ Rappelons cependant la validité du "principe de précaution" posé par le principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement qui stipule ce qui suit :

"Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolu ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement."

b) Commentaire

55. Ce cas diffère du précédent en ceci que l'Etat présumé affecté n'a pas, pour une raison ou pour une autre, reçu la notification prévue à l'article 2. Cela pourrait tenir au fait que l'Etat d'origine ne s'était pas rendu compte du caractère dangereux de l'activité lequel a par contre été remarqué par l'Etat affecté, soit parce que certains effets se sont fait sentir par-delà la frontière, soit parce que l'Etat affecté possédait une capacité technologique supérieure à celle de l'Etat d'origine qui lui a permis de déceler les conséquences que ce dernier n'a pas su identifier ou à une autre raison encore. Dans ce cas, il est naturel que l'Etat présumé affecté indique les raisons techniques qui le portent à croire que telle activité exercée sur le territoire de l'Etat d'origine lui cause effectivement ou est susceptible de lui causer des dommages appréciables.

56. La dernière phrase de l'article ayant trait à la répartition du coût de l'évaluation des effets transfrontières s'il apparaît que l'activité en cause tombe sous le coup de l'article premier a suscité l'objection de certains membres de la CDI. Elle repose toutefois sur un fondement rationnel : l'étude entreprise en vue de procéder à une évaluation technique adéquate du caractère dangereux de l'activité en question n'est précisément pas gratuite. S'il se peut que l'Etat d'origine n'ait pas commis de faute en considérant qu'une activité donnée n'atteignait pas le seuil du risque appréciable, une fois que l'étude a démontré que l'activité était effectivement une activité dangereuse, la preuve est établie par la même occasion que l'Etat affecté a effectué un travail et a encouru des dépenses imputables à l'Etat d'origine; nous ne voyons donc pas pourquoi ces dépenses doivent rester à la charge de l'Etat affecté. Nous ne pourrions admettre qu'il en soit ainsi que dans le cas où l'Etat d'origine serait un pays en développement et l'Etat affecté un pays développé, et ce, conformément à l'idée qui veut que l'on accorde certaines facilités aux pays en développement, mais non dans le cas inverse ou dans le cas où les deux Etats auraient le même niveau de développement. En tout état de cause, on ne saurait voir dans cette question une affaire de principe; son importance pratique ne justifie pas que nous nous attardions à l'examiner; nous sommes donc disposés à supprimer la dernière phrase si la CDI le jugeait convenable.

c) Texte proposé par le Rapporteur spécial en remplacement de l'article 7 de l'annexe

57. Le Rapporteur spécial propose de remplacer l'article 7 de l'annexe par le texte suivant :

"Article 19Droit de l'Etat présumé affecté

Même si un Etat n'a pas reçu notification d'une activité se déroulant sous sa juridiction ou son contrôle, tout autre Etat qui aurait des raisons de croire que cette activité lui cause un dommage appréciable, ou crée un risque appréciable de lui causer un tel dommage, pourra demander qu'il soit procédé à la consultation prévue à l'article précédent. Sa demande est accompagnée d'un exposé technique des raisons sur lesquelles se fonde son opinion. S'il apparaît que l'activité en question est effectivement une de

celles que vise l'article premier, l'Etat d'origine prend à sa charge le coût de l'étude."

6. Article intitulé "Règlement des différends"

a) Texte

58. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a tiré le texte suivant de l'article 8 de l'annexe :

"Article 8

Règlement des différends

Si les consultations tenues en application des articles 3 et 5 qui précèdent n'aboutissent pas à un accord, les parties soumettent leur différend aux procédures de règlement des différends de l'annexe [...]."

b) Commentaire

59. Ce projet d'article a suscité quelques observations. Bon nombre de membres l'ont jugé utile, voire indispensable, sous réserve que l'on y apporte certaines modifications de manière à invoquer les articles qui pourraient donner lieu à un tel règlement, expliciter le texte de l'article - sans compter qu'il y aurait lieu d'y renvoyer à d'autres articles plus développés de l'annexe - donner à la procédure un caractère expéditif. Un membre s'est formellement opposé à cette disposition en observant que si les consultations aboutissent à un désaccord, il ne voyait pas l'utilité d'une procédure de règlement du désaccord. Ce membre, qui voyait en outre par anticipation des abus de la part des Etats affectés, entendait replacer cette partie de notre projet exclusivement dans le champ de la coopération internationale. Enfin, d'aucuns se sont prononcés en faveur d'une procédure facultative.

60. Quant à nous, nous persistons à croire qu'il serait fort convenable d'instituer une procédure expéditive qui permette de surmonter toute impasse à l'occasion des consultations, encore que l'on gagnerait peut-être à attendre d'avoir terminé d'examiner le sujet pour essayer d'en proposer une, de manière à tenir compte non seulement des différends qui auraient surgi à l'occasion des consultations, et qui sembleraient mériter d'être examinés séparément, mais également de tous les différends qui pourraient naître au sujet de l'interprétation et de l'application des dispositions du projet d'articles. S'agissant d'une procédure de règlement des différends résultant de ces premiers articles, il faudrait songer à un moyen qui soit spécialement adapté aux difficultés susceptibles de se présenter à l'occasion de la consultation. Nous avons à l'esprit les divergences d'interprétation fondamentales qui pourraient surgir touchant la nature de l'activité en question; nous pensons par exemple au cas où l'une des parties refuserait de qualifier l'activité en cause d'activité à risque et voudrait y voir simplement une activité à effets nocifs, auquel cas la licéité de celle-ci serait douteuse et le règlement de ce différend serait capital pour le sort de l'activité considérée ou au cas où telle partie jugerait au contraire que l'activité ne comporte réellement pas de risque d'effets transfrontières appréciables. Nous avons également à l'esprit les différends qui pourraient porter sur l'évaluation faite par les parties des effets réels de

telle ou telle substance intervenant dans l'activité en cause, etc. Il semblerait que l'avis des experts l'emporte dans les hypothèses imaginées. De ce fait, une bonne solution consisterait peut-être dans l'institution d'une procédure d'enquête (commission d'enquête) à l'exemple de celles prévues à l'appendice IV de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière et à l'annexe II de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels. La procédure établie par ces deux instruments outre sa vocation à fournir un avis aux parties est un mécanisme automatique; en effet, la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière dispose, au paragraphe 7 de son article 3, que "si ces parties ne peuvent se mettre d'accord sur le point de savoir si un impact transfrontière préjudiciable important est probable, elles peuvent, l'une ou l'autre, soumettre la question à une commission d'enquête conformément aux dispositions de l'appendice IV pour que celle-ci mette un avis sur la probabilité d'un impact transfrontière préjudiciable important, à moins qu'elles ne conviennent de recourir à une autre méthode pour régler cette question" (non souligné dans le texte). La procédure qui est instituée par l'appendice en question reste en vigueur jusqu'à la fin de l'évaluation et donne aux deux parties la faculté de désigner un expert pour les représenter, mais elle peut s'enclencher et se poursuivre, même si l'une des parties n'offre la moindre coopération.

61. Les articles 4 et 5 de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels vont dans le même sens, en disposant que les parties essaient tout d'abord d'identifier les activités industrielles dangereuses au sens de la Convention qui se déroulent sous leur juridiction et engagent à cette fin des consultations avec les Etats présumés affectés selon une formule analogue à celle que nous proposons dans nos articles. Une activité industrielle tombe ou non sous le coup de la Convention selon qu'elle manipule ou non certaines substances dangereuses énumérées dans une liste, dans certaines concentrations, proportions et quantités indiquées dans les mêmes listes. Si les parties ne se mettent pas d'accord sur le point de savoir si une activité est une activité dangereuse relevant des dispositions de la Convention et si elles ne sont pas convenues d'une autre méthode de règlement des différends, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre cette question pour avis à une commission d'enquête (inquiry commission) dont la procédure présente exactement les mêmes caractéristiques que celle évoquée au paragraphe précédent.

62. A l'évidence, ce type de procédure présente des avantages qui conduisent à recommander de l'adopter pour d'autres projets, y compris ceux auxquels on assigne une vocation universelle. Premièrement, il représente une marque de la bonne foi unanime des Etats qui ont des vues divergentes quant à la nature de telle activité. Bien qu'il revête un caractère purement technique, l'avis d'une commission du genre prévu par les conventions sus-évoquées a l'avantage d'émaner d'un organe impartial et revêtirait d'un sceau scientifique ou technologique les questions dont la commission est saisie. Une telle solution semble particulièrement indiquée pour les questions du genre qui entrent dans le champ de nos articles.

c) Eléments en vue de la proposition d'un texte futur en remplacement de l'article 8 de l'annexe

63. Bien que nous n'ayons pas présenté concrètement dans un texte la procédure envisagée, nous saurions gré à nos collègues de bien vouloir livrer lors du débat les réflexions que ces éléments leur inspirent afin que nous soyons mieux à même d'en proposer une le moment venu.

7. Article intitulé "Facteurs de l'équilibre des intérêts"

a) Texte

64. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a tiré le texte suivant de l'article 9 de l'annexe :

"Article 9

Facteurs de l'équilibre des intérêts

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

m) L'applicabilité des principes et des règles pertinentes de droit international."

b) Commentaire

65. On notera que le contenu de cette disposition n'a pas suscité d'opposition très marquée; s'il y a eu des divergences de vues, c'était sur le caractère qu'il fallait lui donner. Il a semblé au Rapporteur spécial que la plupart des opinions positives émanaient de membres dont la formation juridique était fondée sur la common law anglo-saxonne, alors que certains des membres formés au droit civil romain étaient d'avis de rejeter l'article dans une annexe facultative ou dans le commentaire, ou même de le supprimer purement et simplement. Dans son sixième rapport, le Rapporteur spécial a dû avouer "manquer un peu d'enthousiasme à l'idée d'inclure ce genre de notions qui ne sont guère plus que des recommandations ou des guides de conduite et non de véritables règles juridiques, dans un texte normatif, d'autant plus que les facteurs intervenant dans ce type de négociation sont trop variés pour qu'on puisse les enserrer dans un carcan théorique"²⁴. Considéré rétrospectivement, cet aveu semble maintenant trahir la formation que le Rapporteur spécial a reçue en droit civil. Il déclarait pourtant dans le même paragraphe que la norme en question pouvait s'intégrer au projet :

"Cette démarche n'est cependant pas inusitée. L'énumération de ces facteurs dans nos articles, outre qu'elle donnerait un certain contenu à la notion d'«équilibre des intérêts» qui sous-tend pour ainsi dire à nombre de nos textes, et servirait de guide aux Etats intéressés, pourrait avoir une certaine valeur juridique dans la mesure où elle permettrait d'apprécier la bonne foi avec laquelle les Etats ont mené les négociations. Peut-être ne serait-il pas tout à fait inutile à cet égard d'établir si l'Etat d'origine avait la possibilité de mener une activité équivalente sous une forme moins dangereuse, encore que légèrement plus coûteuse, et la mesure dans laquelle l'Etat affecté protège ses propres nationaux contre les effets d'une activité équivalente ou analogue. Le libellé du paragraphe liminaire de l'article n'est pas contraignant : on y prévoit que les parties pourront tenir compte des facteurs énumérés, faisant ainsi place à l'autonomie de la volonté qui ne peut céder le pas que devant les normes impératives du droit international. Pour le reste, on ne peut, en raison de la variété des

²⁴ A/CN.4/428, par. 39.

circonstances particulières de chaque cas d'espèce, exiger des Etats intéressés qu'ils tiennent compte des facteurs indiqués dès lors qu'un facteur ne figurant pas dans l'énumération risque d'être plus pertinent dans le cas considéré. En ce qui concerne l'énumération, l'objet de divers alinéas est évident et se passe donc de commentaires²⁴."

66. Dans une note de bas de page, le Rapporteur spécial développe l'idée que "Cette démarche n'est [...] pas inusitée", c'est-à-dire qu'il n'est pas inhabituel de prévoir des normes de ce genre dans les instruments conventionnels. La note est ainsi rédigée : "Voir le projet relatif aux cours d'eau; l'article 7 énumère les facteurs à prendre en considération pour une utilisation équitable et raisonnable des eaux d'un cours d'eau international". Dans son commentaire sur l'article 7 du projet relatif au droit des cours d'eau internationaux, la Commission - et non plus le Rapporteur spécial, M. McCaffrey - déclare :

"L'article 7 a pour but d'indiquer la façon dont les Etats devront appliquer la règle d'utilisation équitable et raisonnable que pose l'article 6. En effet, l'article 6 est, par nécessité, une disposition de caractère général et souple, et sa bonne application exige que les Etats tiennent compte des facteurs concrets propres au cours d'eau international en question, ainsi que des besoins et des utilisations des Etats du cours d'eau intéressés. C'est donc en comparant le poids des divers facteurs et circonstances pertinentes que l'on pourra dire dans chaque cas ce qu'est une utilisation équitable et raisonnable. Cette opération sera accomplie, tout au moins pour commencer, par chaque Etat du cours d'eau, dans le but de dûment respecter la règle d'utilisation équitable et raisonnable qu'énonce l'article 6"²⁵.

67. Disons incidemment qu'il y a une grande similitude entre cet article 7 et notre texte : ils cherchent tous les deux à structurer un concept d'équité qui, sous sa forme directe, serait trop général, voire inconsistant, pour être appliqué à un projet précis. Dans nos articles également, ce n'est que dans chaque cas particulier que l'on peut apprécier cet équilibre des intérêts en tenant compte des données concrètes de l'activité considérée et des besoins qu'en ont et des utilisations qu'en font les Etats en cause. Il faut également que chaque Etat d'origine procède à une première évaluation des intérêts en jeu, pour planifier son action future en les prenant en compte.

68. L'"équilibre des intérêts" répond à un principe fondamental d'équité et consiste grosso modo en ce que l'Etat d'origine, ayant introduit un certain risque en entreprenant ou en autorisant une activité dangereuse, rétablit l'équilibre en assurant de son côté certaines prestations, car il bénéficierait sinon d'avantages indus, et ce d'autant plus si le dommage se produit effectivement (enrichissement sans cause, externalisation des coûts, expropriation ... quel que soit le nom que l'on veuille donner à ces avantages). Le sixième rapport cherche une définition approchée de la notion en renvoyant à deux passages de jugements internationaux, d'abord celui du Tribunal d'arbitrage chargé de l'affaire du Lac Lanoux, ensuite celui de la Cour permanente de justice internationale dans l'affaire de l'Oder. Selon le premier passage :

²⁵ Annuaire ... 1987, vol. II (Deuxième partie) p. 37, document A/42/10, par. 1 du commentaire de l'article 7.

"Le Tribunal est d'avis que l'Etat d'amont a, d'après les règles de la bonne foi, l'obligation de prendre en considération différents intérêts en présence, de chercher à leur donner toutes satisfactions compatibles avec la poursuite de ses propres intérêts et de montrer qu'il a, à ce sujet, un souci réel de concilier les intérêts de l'autre riverain avec les siens propres"²⁶.

Selon le second :

"[Une] communauté d'intérêts sur un fleuve devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les Etats riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres"²⁷.

69. Nous avons dit que l'équilibre des intérêts "sous-tend" nombre de nos textes. A la relire, l'expression nous semble bien trop faible pour qualifier le rôle que joue dans notre projet cette notion d'équilibre. Elle est plutôt son assise même, elle lui donne son sens et pourrait être l'un des grands postulats de la réparation. Par exemple, c'est elle qui justifie que dans certains cas de responsabilité pour risque, il puisse ne pas y avoir réparation parfaite, c'est-à-dire in integrum restitutio, qui est de règle en matière de responsabilité pour acte illicite. La restitutio pourrait dans certains cas prendre la forme de prestations rétablissant la balance des intérêts. Mais surtout, la notion d'équilibre des intérêts sert à justifier la licéité d'une activité qui, en ce qu'elle crée un risque de dommages transfrontières, créerait une illicéité potentielle si n'intervenait pas la possibilité de restaurer l'équité entre les parties pour cette activité, c'est-à-dire de rétablir l'équilibre de leurs intérêts. La formule même des juristes de la Commission Brundtland que nous avons déjà citée, et qui d'après ses auteurs donne sa licéité à une activité à risque, semble exprimer - de façon peut-être partielle - l'idée d'un équilibre d'intérêts entre parties en ce qui concerne une activité précise ("[...] si le coût socio-économique et technique général ou le manque à gagner que représente à long terme la prévention ou la réduction de ce risque dépasse de loin l'avantage que comporterait la prévention ou la réduction du risque [...]"). Disons au passage, que nous souscrivions ou non à cette formulation que la pensée des juristes de la Commission Brundtland correspond indubitablement aux grandes lignes de la pratique internationale : normalement, une activité à risque est autorisée quand son utilité pour l'Etat d'origine - et d'autant plus si elle est de surcroît utile à la société - l'emporte sur les dommages qu'elle cause. Mais l'Etat d'origine doit rétablir l'équilibre en réduisant au minimum le risque qu'il crée et en réglant ou en faisant régler par les responsables le coût de la prévention, et en indemnisant ou en faisant indemniser de la même manière les dommages causés.

²⁶ Annuaire ... 1974, vol. II (Deuxième partie), p. 212, document A/5409, par. 1068, (par. 22).

²⁷ Affaire relative à la juridiction territoriale de la commission internationale de l'Oder, CPJI, Série A, No 23 (1929), p. 27; cité dans le sixième rapport (A/CN.4/428), note 42.

70. Si ce qui précède constitue un raisonnement valable, il faut donner aux Etats des indications sur les facteurs qui interviennent, entre autres choses, dans l'équilibre des intérêts des parties, étant entendu qu'il ne s'agit que de quelques-uns des très nombreux paramètres susceptibles d'être mis en jeu, ne devant servir qu'à orienter les relations des Etats dans ce domaine.

c) Proposition du Rapporteur spécial touchant l'article 9 de l'annexe

71. Personnellement, le Rapporteur spécial n'a pas d'idée bien arrêtée sur l'endroit où il vaudrait mieux placer cet article. Il préfère ne pas le faire disparaître pour les raisons qu'il a exposées, et accepterait de le voir rester dans le corps du texte en tant qu'article 20, vu le précédent que la Commission a elle-même créé avec l'article 7 du projet relatif aux cours d'eau.

8. Le principe du non-déplacement des risques ou des dommages

a) Observations générales

72. Certains instruments, dont le Code de conduite dont il est question ici, prévoient une disposition relative à ce que l'on pourrait appeler le non-déplacement (ou non-transfert) des risques ou des dommages, qui concerne fondamentalement la prévention mais qui peut s'appliquer aussi à toutes les mesures prises en réponse à un effet transfrontière, comme le nettoyage et la remise en état du milieu. On pourrait inscrire parmi les principes une règle de ce genre, en l'ajoutant peut-être à l'article 8 de notre projet, ou encore au présent chapitre à titre de simple principe d'orientation des mesures de prévention. Nous souhaiterions prendre l'avis de nos collègues quant à son emplacement exact. Dans le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, la règle est posée en ces termes :

"En prenant des mesures pour contrôler et réglementer les activités et les matières dangereuses, prévenir et maîtriser la pollution accidentelle et atténuer les effets des dommages causés par une pollution accidentelle, les pays devraient tout faire pour ne pas transférer directement ou indirectement des dommages ou des risques d'un type d'environnement à un autre et ne pas transformer un type de pollution en un autre type"²⁸.

73. L'article 195 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dispose :

"Lorsqu'ils prennent des mesures pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution d'un milieu marin, les Etats agissent de manière à ne pas déplacer, directement ou indirectement, le préjudice ou les risques d'une zone dans une autre et à ne pas remplacer un type de pollution par un autre."

On voit qu'il y a une différence : cette dernière disposition dit "d'une zone dans une autre", alors que le Code de conduite cité plus haut dit "d'un type d'environnement à un autre". L'article 195 de la Convention est issu du paragraphe 13 des Principes généraux pour évaluer et combattre la pollution des eaux approuvés par la Conférence de Stockholm :

²⁸ Op. cit, (voir note 9 ci-dessus).

"Il y a lieu de veiller à ce que les mesures prises pour prévenir la pollution des mers et lutter contre cette pollution (en particulier les interdictions directes et les limites expresses de rejet) ne se traduisent pas tout simplement par un transfert des dommages ou des risques d'une partie de l'environnement à une autre"²⁹.

On trouve un autre précédent très intéressant dans la récente Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, dont le Principe 14 semble donner à l'idée d'une portée relativement plus restreinte :

"Les Etats devraient concerter efficacement leurs efforts pour décourager ou prévenir les déplacements et les transferts dans d'autres Etats de toutes activités et substances qui provoquent une grave détérioration de l'environnement ou dont on a constaté qu'elles étaient nocives pour la santé de l'homme."

A notre avis, cette disposition serait contenue dans le texte plus général que nous proposons, mais peut-être ne serait-il pas inutile d'y faire référence dans le commentaire pour mieux indiquer la diversité des voies sur lesquelles oeuvre le principe faisant l'objet du commentaire.

b) Texte proposé par le Rapporteur spécial sur le non-déplacement des risques ou des dommages

74. Nous soumettons à l'examen de la Commission l'article 20 bis, que nous laisserons entre crochets en attendant l'avis que nous avons demandé quant à son emplacement définitif.

["Article 20 bis

Non-déplacement des risques ou des dommages

"Lorsqu'ils adoptent des mesures pour prévenir, réduire et maîtriser les effets transfrontières des activités dangereuses, les Etats doivent veiller à ne pas déplacer les risques ou les dommages d'un lieu ou d'un milieu à un autre, et à ne pas remplacer un risque par un autre."]

9. Le principe "pollueur-payeur"

75. Le Code de conduite et la Convention sur les accidents industriels consacrent tous les deux le principe "pollueur-payeur". Le Rapporteur spécial y a trouvé matière à réflexion, et il pense que la Commission devrait envisager de l'inclure dans son projet, car il joue un rôle très important en matière tant de prévention que de responsabilité civile. Mais si l'on tient compte du fait que

²⁹ Voir Law of the Sea Commentary Project, Partie XII, art. 192 à 237, p. 195 (texte provisoire de juillet 1989), Center for Oceans Law and Policy, Faculté de droit de l'Université de Virginie :

"Action to prevent and control marine pollution (particularly direct prohibitions and specific releases limits) must guard against the effect of simply transferring damage or hazard from one part of the environment to another."

les formulations les plus récentes de ce principe n'en limitent pas la portée à la prévention (c'est-à-dire que seuls les coûts de la prévention incomberaient à l'opérateur) et le relie aussi à la réparation, peut-être vaudrait-il mieux le placer parmi les principes et non dans le présent chapitre relatif à la prévention, chose qui serait plus commode l'année prochaine, car le Comité de rédaction aurait la possibilité de l'examiner en temps utile avec les autres principes soumis à son examen.

II. CONCLUSION

76. Les chapitres qui traitent de la prévention dans les conventions relatives à des questions ou des activités précises, comme celles dont nous avons parlé plus particulièrement dans le présent rapport, contiennent en général des dispositions extrêmement élaborées sur certains aspects qui ne nous intéressent pas ici, comme la planification préalable aux catastrophes, les interventions d'urgence, ou l'alerte rapide en cas d'accident. Le Rapporteur spécial a essayé d'interpréter le sentiment général de la Commission, à savoir que les articles en voie d'élaboration - qui cherchent à n'être qu'un cadre et à n'avoir qu'une portée générale - doivent avoir un caractère synthétique et rester sur le plan d'une certaine généralité. C'est pourquoi nous estimons que le chapitre relatif à la prévention pourrait se terminer sur les articles que nous avons proposés.
