



Assemblée générale

Distr.
LIMITÉE

A/CN.4/L.554/Add.1
10 août 1998
FRANÇAIS
ORIGINAL : ANGLAIS

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
Cinquantième session
Genève, 20 avril-12 juin 1998
New York, 27 juillet-14 août 1998

PROJET DE RAPPORT DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
SUR LES TRAVAUX DE SA CINQUANTIÈME SESSION

Rapporteur : M. Christopher John Robert Dugard

Chapitre VI

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIALES
DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT
INTERNATIONAL (PRÉVENTION DES DOMMAGES TRANSFRONTIÈRES DÉCOULANT
D'ACTIVITÉS DANGEREUSES)

Additif

C. Projets d'articles adoptés provisoirement par la Commission
en première lecture

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
1. Texte des projets d'articles		2
[à insérer]		
2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs		2

1. Texte des projets d'articles

[à insérer]

2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs

Prévention des dommages transfrontières découlant
d'activités dangereuses

Commentaire général

1. Les projets d'articles traitent de la notion de prévention dans le contexte de l'autorisation et de la réglementation des activités dangereuses qui comportent un risque important de causer un dommage transfrontière. Entendue en ce sens, en tant que procédure ou qu'obligation, la prévention intervient avant qu'un préjudice ou un dommage ait effectivement été causé qui exigerait des États concernés qu'ils demandent des mesures correctives ou une indemnisation, qui soulèvent fréquemment des questions de responsabilité.

2. La notion de prévention a acquis une grande importance et une grande actualité. L'accent mis sur l'obligation de prévenir par opposition à l'obligation de réparer, de corriger ou d'indemniser comporte plusieurs aspects importants. La prévention doit être privilégiée parce qu'en cas de dommage les indemnisations ne permettent bien souvent pas de rétablir la situation qui prévalait avant l'événement ou l'accident. Il est d'autant plus nécessaire de s'acquitter du devoir de prévention ou de diligence que l'on connaît de mieux en mieux le déroulement des activités dangereuses, les matières utilisées et les processus de gestion et les risques encourus. Du point de vue juridique, le fait de mieux comprendre le lien de causalité, c'est-à-dire le lien physique entre la cause (l'activité) et l'effet (le dommage), même lorsque divers facteurs interviennent dans l'enchaînement, impose également aux exploitants qui mènent des activités dangereuses de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir les dommages. Quoiqu'il en soit, et par principe, mieux vaut prévenir que guérir.

3. Le devoir de prévenir des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses a été expressément consacré dans le Principe 2 de la Déclaration de Rio¹ et confirmé par la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif qu'elle a rendu en 1996^{1 bis} sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires comme faisant maintenant partie du corpus du droit international.

4. C'est donc à juste titre que le Groupe d'experts sur le droit de l'environnement de la Commission mondiale de l'environnement et du développement a insisté sur le problème de la prévention. L'article 10 qu'il a recommandé en

¹ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, document A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I), p. 3.

^{1 bis} Avis consultatif du 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996, p. 15, par. 29.

ce qui concerne les ressources naturelles transfrontières et les interférences environnementales se lit comme suit : "Sans préjudice des principes énoncés aux articles 11 et 12, les États empêchent ou réduisent toute interférence environnementale transfrontière ou tout risque significatif qu'une telle interférence cause un dommage substantiel – c'est-à-dire un dommage qui n'est ni mineur ni insignifiant²." Il convient en outre de noter que le principe bien établi de prévention a été invoqué dans la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la Fonderie de Trail et réitéré non seulement dans le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm mais aussi dans la résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale, en date du 15 décembre 1972, sur la coopération entre les États dans le domaine de l'environnement. Ce principe est également reflété dans le Principe 3 du projet de principes établi en 1978 par le PNUÉ sur la conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des États en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États, selon lequel il est nécessaire que "chaque État fasse en sorte que, au-delà des limites de sa juridiction, de façon à protéger l'environnement, soient évités au maximum possible et réduits au minimum possible lors de l'utilisation d'une ressource naturelle partagée, les effets nuisibles à l'environnement dans le cas où l'utilisation est susceptible, en particulier : a) de causer un dommage à l'environnement pouvant avoir des répercussions sur l'utilisation de cette ressource par un autre État partageant ladite ressource; b) de compromettre la conservation d'une ressource renouvelable partagée; c) de mettre en péril la santé de la population d'un autre État³."

5. L'importance du principe de la prévention des dommages transfrontières à l'environnement, aux personnes et aux biens est consacrée par de nombreux traités multilatéraux concernant la protection de l'environnement, les accidents nucléaires, les objets spatiaux, les cours d'eau internationaux, la gestion des déchets dangereux et la prévention de la pollution des mers. Le principe de prévention est également accepté dans diverses conventions conclues par la Commission économique pour l'Europe, telles que la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance; la Convention de 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière; la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux; et la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels.

² Environmental Protection and Sustainable Development – Legal Principles and Recommendations, adopté par le Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale de l'environnement et du développement (Graham et Trotman/Martinus Nijhoff, 1986), p. 75. On a également noté que le devoir de ne pas causer de dommage substantiel pouvait être déduit de la pratique non conventionnelle des États et des déclarations qu'ils font, à titre individuel ou à titre collectif. Voir J. G. Lammers, Pollution of International Watercourses (Martinus Nijhoff, La Haye, 1984), p. 346 et 347 et p. 374 à 376.

³ International Legal Materials, vol. 17 (1978), p. 1098. D'autres sources consacrant le principe de prévention sont mentionnées dans Environmental Protection and Sustainable Development – Legal Principles and Recommendations, op. cit., p. 75 à 80.

Article premier

Activités auxquelles s'appliquent les présents
projets d'articles

Les présents projets d'articles s'appliquent aux activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques.

Commentaire

1) L'article premier limite le champ d'application des articles aux activités qui ne sont pas interdites par le droit international et qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques. L'alinéa c) de l'article 2 limite en outre le champ d'application des articles aux activités qui s'exercent sur le territoire ou à un autre titre sous la juridiction ou le contrôle d'un État. Étant donné que les articles sont à caractère général et supplétif, on ne s'est aucunement efforcé, à ce stade, d'indiquer avec précision les activités auxquelles ils s'appliquent. La Commission a approuvé cette décision pour des raisons différentes. Selon certains membres, toute liste d'activités serait probablement très incomplète et devrait aussi être périodiquement modifiée pour tenir compte de l'évolution technologique. De plus – dès lors qu'on omet certaines activités extrêmement dangereuses qui sont la plupart du temps l'objet d'une réglementation particulière, par exemple dans le domaine nucléaire ou dans le contexte de l'espace extra-atmosphérique – le risque qui découle d'une activité est essentiellement fonction de l'application particulière qui en est faite ainsi que du contexte spécifique dans lequel et de la manière dont elle s'exerce. Une liste générale ne saurait capter ces éléments. D'autres membres de la Commission ont été plus réceptifs à l'idée d'une liste d'activités. Ils ont cependant émis l'avis qu'il serait prématuré, à ce stade, de l'établir tant que la forme, le champ d'application et le contenu des articles n'auraient pas été définitivement arrêtés. De plus, à leur sens, l'établissement d'une telle liste relève davantage de la compétence de spécialistes dans le cadre d'une conférence diplomatique chargée d'envisager l'adoption des articles sous la forme d'une convention.

2) La définition de la portée des activités visées à l'article premier contient maintenant quatre critères.

3) Le premier critère renvoie au titre du sujet, à savoir que les articles s'appliquent aux "activités qui ne sont pas interdites par le droit international", que cette interdiction porte sur la conduite de l'activité ou concerne ses effets.

4) Le deuxième critère qu'on trouve dans la définition de l'État d'origine à l'alinéa d) de l'article 2 est que les activités auxquelles les mesures préventives s'appliquent s'exercent "sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle" d'un État. Il fait appel à trois notions, "territoire", "juridiction" et "contrôle". Bien que la formule "la juridiction ou le contrôle d'un État" soit plus courante si l'on en juge par un certain nombre

d'instruments⁴, la Commission juge utile de mentionner aussi la notion de "territoire" en vue d'insister sur l'importance du lien territorial, lorsqu'un tel lien existe, entre les activités visées par les présents articles et un État.

5) Le terme "territoire" a été employé à l'article premier en raison des craintes qui ont été exprimées au sujet de l'incertitude qui pourrait exister en droit international contemporain quant à la mesure dans laquelle un État peut exercer une juridiction extraterritoriale en ce qui concerne certaines activités. La Commission estime qu'aux fins des présents articles, la juridiction territoriale est le critère dominant. En conséquence, lorsqu'une activité s'exerce sur le territoire d'un État, cet État doit s'acquitter des obligations relatives aux mesures préventives. Le "territoire" est donc considéré comme une preuve déterminante de la juridiction. Ainsi, lorsque des juridictions sont en concurrence en ce qui concerne une activité entrant dans le champ d'application des présents articles, c'est la juridiction reposant sur le territoire qui l'emporte. Néanmoins, la Commission n'ignore pas que dans certaines situations un État peut devoir, en vertu du droit international, renoncer à sa juridiction au profit d'un autre État à l'intérieur de son territoire. Le meilleur exemple d'une telle situation est celui du passage innocent d'un navire étranger dans la mer territoriale ou les eaux territoriales. Dans de telles situations, si l'activité entraînant un dommage transfrontière significatif est imputable au navire étranger, c'est l'État du pavillon et non l'État du territoire qui doit se conformer aux dispositions des présents articles.

6) Aux fins des présents articles la notion de "territoire" est étroite et c'est pourquoi on a également utilisé les notions de "juridiction" et de "contrôle". Le terme "juridiction" d'un État englobe, outre les activités entreprises à l'intérieur du territoire de cet État, les activités sur lesquelles il est autorisé par le droit international à exercer sa compétence et son autorité. La Commission n'ignore pas que les questions impliquant la détermination de la juridiction sont complexes et sont parfois au coeur d'un différend. L'article premier ne prétend certainement pas résoudre toutes les questions de conflit de juridiction.

7) Parfois, en raison du lieu où l'activité s'exerce, il n'y a aucun lien territorial entre l'État et l'activité, comme c'est le cas par exemple pour les activités menées dans l'espace ou en haute mer. L'exemple le plus courant d'une telle situation est la juridiction de l'État du pavillon sur un navire. Les

⁴ Voir par exemple le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm, Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain, Stockholm, 5-16 juin 1972 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14 et Corr.), chapitre premier; la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, vol. XVII (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3), document A/CONF.62/122, art. 194, par. 2; le Principe 2 de la Déclaration de Rio, supra, note 1; et l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique du 5 juin 1992, document DPI/1307.

Conventions de Genève sur le droit de la mer de 1958 et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 envisagent bon nombre des pouvoirs juridictionnels de l'État du pavillon.

8) Les activités peuvent également s'exercer en des lieux où plusieurs États sont habilités, en droit international, à exercer des juridictions déterminées qui ne sont pas incompatibles. Les domaines les plus courants où il peut y avoir des juridictions fonctionnelles mixtes sont la navigation et la traversée de la mer territoriale, de la zone contiguë et des zones économiques exclusives. En pareils cas, l'État qui est habilité à exercer sa juridiction sur l'activité entrant dans le champ du présent sujet doit, bien entendu, se conformer aux dispositions des présents articles.

9) En cas de juridictions concurrentes de plusieurs États sur les activités visées par les présents articles, les États, individuellement, et, le cas échéant, collectivement, se conforment aux dispositions des présents articles.

10) La fonction de la notion de "contrôle" en droit international est d'assigner certaines conséquences juridiques à un État dont la juridiction sur certaines activités ou événements n'est pas reconnue en droit international; elle s'applique à des situations où un État exerce une juridiction de facto, même lorsqu'il n'a pas de juridiction de jure, à savoir, notamment, les situations d'intervention, d'occupation et d'annexion illégale qui n'ont pas été reconnues en droit international. On peut se référer, à cet égard, à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice dans Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité⁵. Dans cette affaire, la Cour, après avoir déclaré l'Afrique du Sud responsable d'avoir créé et prolongé une situation que la Cour avait déclaré illégale et ayant conclu que l'Afrique du Sud était dans l'obligation de retirer son administration de la Namibie, a néanmoins assigné certaines conséquences juridiques au contrôle de facto de celle-ci par l'Afrique du Sud. La Cour a en effet conclu que :

"Le fait que l'Afrique du Sud n'a plus aucun titre juridique l'habilitant à administrer le territoire ne la libère pas des obligations et responsabilités que le droit international lui impose envers d'autres États et qui sont liées à l'exercice de ses pouvoirs dans ce territoire. C'est l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'État en raison d'actes concernant d'autres États⁶."

11) La notion de contrôle peut également servir dans des affaires d'intervention pour assigner certaines obligations à un État qui exerce un contrôle mais non une juridiction. L'on entend ici par intervention un

⁵ C.I.J. Recueil 1971, p. 14.

⁶ Ibid., par. 118.

contrôle effectif de courte durée exercé par un État sur des événements ou des activités qui relèvent de la juridiction d'un autre État. La Commission est d'avis qu'en pareil cas, si l'État ayant juridiction prouve qu'il a été dans les faits privé de l'exercice de sa juridiction sur les activités visées par les présents articles, l'État ayant contrôle serait tenu de se conformer aux obligations imposées par les présents articles.

12) Le troisième critère est que les activités visées par les présents articles doivent comporter un "risque de causer un dommage transfrontière significatif". Cette expression est définie à l'article 2 (voir commentaire de l'article 2). L'expression "dommage transfrontière" est censée exclure les activités qui ne causent un dommage qu'à l'État sur le territoire duquel elles s'exercent mais ne causent de dommage à aucun autre État. Pour l'examen de l'adjectif "significatif", voir le commentaire de l'article 2.

13) Quant à l'élément du "risque", il se rapporte par définition à des possibilités futures et implique, partant, quelque élément d'évaluation ou d'appréciation du risque. Le simple fait qu'un dommage résulte éventuellement d'une activité ne signifie pas que l'activité a comporté un risque dès lors qu'aucun observateur dûment informé n'a été ou n'aurait pu être conscient de ce risque au moment où l'activité s'est exercée. Par contre, une activité peut comporter un risque de causer un dommage transfrontière significatif même si ceux qui sont responsables de l'exercice de l'activité ont sous-estimé le risque voire n'en ont pas été conscients. Il faut par conséquent percevoir objectivement la notion de risque comme dénotant l'appréciation qu'un observateur dûment informé avait faite ou aurait dû faire du dommage pouvant résulter d'une activité.

14) Dans ce contexte, il faut souligner que l'ensemble de ces articles jouent de façon suivie et ont un effet continu : en d'autres termes, sauf dispositions contraires, ils s'appliquent à des activités qui s'exercent au moment considéré. Ainsi il est possible qu'une activité qui ne comportait initialement aucun risque (au sens indiqué au paragraphe 13) puisse un jour en comporter un par suite de quelque événement ou évolution. Par exemple, un réservoir parfaitement sûr pourrait devenir dangereux à la suite d'un tremblement de terre, auquel cas le fonctionnement continu du réservoir constituerait une activité comportant un risque. Ou encore, le progrès des connaissances scientifiques pourrait permettre de déceler dans un édifice ou des matériaux un vice propre comportant un risque de défaillance ou d'effondrement, auquel cas les présents articles pourraient en définitive s'appliquer à l'activité en cause, conformément à leurs dispositions.

15) Le quatrième critère est que le dommage transfrontière significatif doit avoir été causé par les "conséquences physiques" des activités. La Commission est convenue qu'afin de pouvoir maîtriser le champ d'application du sujet, il faut en exclure le dommage transfrontière qui pourrait être causé par les politiques de l'État dans les domaines monétaire, socioéconomique ou assimilés. La Commission estime que le meilleur moyen de limiter le champ d'application des présents articles consiste à exiger que les activités en question aient des conséquences transfrontières physiques qui, elles-mêmes, se traduisent par un dommage significatif.

16) L'activité doit être reliée à ses effets transfrontières par un lien physique, ce qui suppose une connexion d'un type très particulier – une conséquence qui découle ou peut découler de la nature même de l'activité ou de la situation en question, sous l'influence d'une loi naturelle. Ceci suppose que les activités visées par les présents articles doivent elles-mêmes avoir une qualité physique, et les conséquences doivent découler de cette qualité, et non d'une décision d'intervention des pouvoirs publics. Ainsi, le stockage d'armements n'a pas pour conséquence obligée que les armes stockées seront utilisées à des fins de belligérance. Mais ce stockage peut être qualifié d'activité qui, en raison des propriétés explosives ou incendiaires des matériaux stockés, comporte un risque intrinsèque de mésaventure catastrophique.

Article 2

Termes employés

Aux fins des présents articles :

a) L'expression "risque de causer un dommage transfrontière significatif" recouvre une faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs;

b) Le terme "dommage" s'entend du dommage causé aux personnes, aux biens ou à l'environnement;

c) Le terme "dommage transfrontière" désigne le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine, que les États concernés partagent ou non une frontière commune;

d) Le terme "État d'origine" désigne l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées au projet d'article premier;

e) Le terme "État susceptible d'être affecté" désigne l'État sur le territoire duquel le dommage transfrontière significatif est susceptible de se produire ou qui exerce une juridiction ou un contrôle sur tout autre lieu où ce dommage est susceptible de se produire.

Commentaire

1) L'alinéa a) définit la notion de "risque de causer un dommage transfrontière significatif" comme recouvrant une faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs. La Commission pense qu'au lieu de définir séparément la notion de "risque", puis celle de "dommage", il vaut mieux définir l'expression "risque de causer un dommage transfrontière significatif" en raison du lien entre le "risque" et le "dommage" et du rapport de ces deux notions avec l'adjectif "significatif".

2) Aux fins des présents articles, l'expression "risque de causer un dommage transfrontière significatif" renvoie à l'effet combiné de la probabilité qu'un

accident se produise et de l'ampleur de l'impact préjudiciable ainsi causé. Aussi est-ce l'effet combiné du "risque" et du "dommage" qui détermine le seuil. La Commission s'est inspirée à cet égard du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières⁷, adopté par la Commission économique pour l'Europe en 1990. Aux termes de l'article I, alinéa f), du Code de conduite, "'risque' signifie l'effet combiné de la probabilité d'un événement non souhaité et de son ampleur;". La Commission est d'avis qu'une définition fondée sur l'effet combiné du "risque" et du "dommage" convient mieux à ces articles et que l'effet combiné devrait atteindre un niveau jugé significatif. Le point de vue qui a prévalu à la Commission, c'est que les obligations de prévention incombant aux États devraient être non seulement raisonnables, mais aussi suffisamment limitées pour ne pas s'imposer dans le cas de pratiquement n'importe quelle activité, puisque les activités considérées ne sont pas interdites par le droit international, l'idée étant d'établir un équilibre entre les intérêts des États concernés.

3) La définition donnée au paragraphe précédent admet tout un éventail de relations entre le "risque" et le "dommage", qui, toutes, atteindraient un niveau "significatif". La définition identifie deux pôles autour desquels s'articuleront les activités envisagées au titre des présents articles. On aurait dans le premier cas une faible probabilité de causer un dommage désastreux, comme c'est normalement le propre des activités extrêmement dangereuses. On trouverait dans le deuxième cas une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs. Cette catégorie englobe les activités qui présentent une forte probabilité de causer des dommages qui, tout en n'étant pas désastreux, n'en sont pas moins significatifs. En seraient exclues les activités qui présentent une très faible probabilité de causer un dommage transfrontière significatif. Le terme "recouvre" utilisé à la troisième ligne vise à souligner l'idée que la définition s'applique à l'éventail des activités visées par les présents articles.

4) Pour ce qui est du sens du terme "significatif", la Commission sait bien qu'il n'est pas sans ambiguïté et qu'il faut se prononcer dans chaque cas d'espèce. Il implique davantage des considérations d'ordre factuel qu'une prise de position juridique. Il doit être entendu que "significatif" est plus que "détectable", mais sans nécessairement atteindre le niveau de "grave" ou "substantiel". Le dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel dans des choses telles que la santé de l'homme, l'industrie, les biens, l'environnement ou l'agriculture dans d'autres États, etc. Ces effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs.

5) L'unité écologique de la planète ne correspond pas aux frontières politiques. Lorsqu'ils exercent des activités licites sur leur territoire, les États produisent des effets les uns sur les autres. Tant que ces effets n'atteignent pas le niveau de "significatif", ils sont considérés comme tolérables. Étant donné que les obligations imposées aux États par les présents articles portent sur des activités qui ne sont pas interdites par le droit

⁷ E/ECE/1225-ECE/ENVWA/16.

international, le seuil de l'intolérance au dommage ne peut être fixé à un niveau moindre que "significatif".

6) L'idée de seuil est présente dans la sentence rendue dans l'affaire de la Fonderie de Trail, où sont employés les mots "serious consequences" (conséquences graves)^{7 bis}. De même dans l'affaire du lac Lanoux, le tribunal s'est appuyé sur le concept rendu par "gravement" ("seriously")^{7 ter}. On a aussi utilisé les termes "important", "sensible" ou "significatif" (comme équivalents du mot "significatif"), ainsi que les termes "grave" ou "substantiel", pour exprimer le seuil dans un certain nombre de conventions⁸. L'adjectif anglais "significant" a également été employé dans d'autres instruments juridiques et dans des textes de loi nationaux⁹.

^{7 bis} Affaire de la Fonderie de Trail, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. 3, p. 1965.

^{7 ter} Affaire du Lac Lanoux (France c. Espagne), *ibid.*, vol. 12, p. 281.

⁸ Voir par exemple l'article 4, par. 2, de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique adoptée le 2 juin 1988, International Legal Materials, vol. 28, p. 868; l'article 2, par. 1 et 2, de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière adoptée le 25 février 1991 (E/ECE/1250), reproduit dans International Legal Materials, vol. 30, p. 800; l'article I, alinéa b), du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, *supra*, note 7.

⁹ Voir par exemple les paragraphes 1 et 2 de la résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale, du 15 décembre 1972, relative à la coopération entre les États dans le domaine de l'environnement, *supra*, note 12; le paragraphe 6 de la recommandation du Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques sur les principes concernant la pollution transfrontière, 1974, OCDE, Non-Discrimination in Relation to Transfrontier Pollution: Leading OECD Documents, p. 35, reproduit également dans International Legal Materials, vol. 14, p. 246; l'article 10 des Règles d'Helsinki relatives aux utilisations des eaux des fleuves internationaux, Association de droit international, Report of the fifty-second Conference (Helsinki, 1966), p. 496; et l'article 5 du projet de convention sur les utilisations industrielles et agricoles des fleuves et des lacs internationaux, élaboré par le Comité juridique interaméricain en 1965, OEA, Rios y Lagos Internacionales, p. 132 (4e éd., 1971).

Voir également le Mémorandum d'intention de 1980 relatif à la pollution atmosphérique transfrontière entre les États-Unis d'Amérique et le Canada, 32 U.S.T., p. 2541, T.I.A.S. No 9856; et l'article 7 de l'Accord de coopération pour le règlement des problèmes d'environnement dans la zone frontalière conclu en 1983 entre le Mexique et les États-Unis d'Amérique, dans International Legal Materials, vol. 22, p. 1025 (1983).

Les États-Unis d'Amérique ont aussi utilisé l'adjectif "significant" dans leur droit interne à propos de questions d'environnement. Voir American Law Institute, Restatement of the Law, Section 601, Reporter's Note 3, p. 111

7) La Commission estime par ailleurs que l'adjectif "significatif", quoique défini par des critères concrets et objectifs, suppose aussi un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté. Il se peut par exemple qu'une perte donnée, à un moment donné, ne soit pas considérée comme "significative" parce qu'à ce moment précis les connaissances scientifiques ou l'appréciation portée par l'homme sur une ressource donnée ne sont pas telles qu'une grande valeur est attribuée à ladite ressource. Mais ultérieurement ce jugement peut changer et le même dommage peut alors être considéré comme "significatif".

8) L'alinéa b) n'appelle pas d'explication en ce que "dommage", au sens des projets d'articles, s'entend du dommage causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement.

9) L'alinéa c) définit "le dommage transfrontière" comme désignant le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine, que les États concernés partagent ou non une frontière commune. Cette définition vise, outre le cas type d'une activité conduite à l'intérieur d'un État qui a des effets préjudiciables sur un autre État, les activités menées sous la juridiction ou le contrôle d'un État, par exemple, en haute mer, qui ont des effets sur le territoire d'un autre État ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle, par exemple des effets préjudiciables sur des navires ou des plates-formes d'autres États en haute mer aussi. La définition vise également les activités conduites sur le territoire d'un État qui ont des conséquences préjudiciables par exemple sur les navires ou les plates-formes d'un autre État en haute mer. La Commission ne peut pas prévoir toutes les formes possibles dans l'avenir du "dommage transfrontière". Elle tient cependant à préciser que le but est de pouvoir tracer une ligne de démarcation qui permette de distinguer nettement un État à qui peut être attribuée une activité visée dans les présents articles d'un État qui a subi des conséquences préjudiciables. Ces lignes de démarcation sont les lignes de démarcation du territoire, les lignes de démarcation de la juridiction et les lignes de démarcation du contrôle.

10) À l'alinéa d), l'expression "État d'origine" désigne l'État sur le territoire duquel ou à un autre titre sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées à l'article premier [voir le commentaire de l'article premier, par. 4) à 11)].

11) À l'alinéa e), l'expression "État susceptible d'être affecté" désigne l'État sur le territoire duquel le dommage transfrontière significatif risque de se produire ou qui exerce une juridiction ou un contrôle sur d'autres lieux où ce dommage risque de se produire. Plusieurs États pourraient être des États susceptibles d'être affectés par une activité donnée.

Article 3

Prévention

Les États prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs et pour en réduire le risque au minimum.

Commentaire

1) Cet article, avec l'article 4, établit le fondement essentiel des articles sur la prévention, qui énoncent les obligations plus spécifiques dont sont tenus les États de prévenir les dommages transfrontières significatifs ou d'en réduire le risque au minimum. Le présent article est une affirmation de principe. Il dispose que les États prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en réduire le risque au minimum. Le terme "mesures" vise toutes les actions et dispositions spécifiques prescrites dans les articles concernant la prévention des dommages transfrontières ou leur réduction au minimum.

2) En règle générale, l'obligation énoncée à l'article 3 de prévenir le risque ou de le réduire au minimum ne s'applique qu'aux activités qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif, du fait que ces termes sont définis à l'article 2. Le plus souvent, dans le cadre de la prévention, un État n'assume pas le risque de conséquences imprévisibles pour d'autres États que peuvent comporter les activités, qui ne sont pas interdites par le droit international, menées sur son territoire ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle. En revanche, l'obligation de "[prendre] toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages ou en réduire le risque au minimum" ne saurait se limiter aux activités déjà considérées à juste titre comme porteuses de ce risque. Elle recouvre aussi celle de prendre toutes les mesures appropriées pour déceler les activités qui comportent un tel risque, qui est une obligation de caractère continu.

3) Le présent article pose donc le principe de la prévention, qui concerne tous les États, pour les activités visées à l'article premier. Les modalités selon lesquelles l'État d'origine peut s'acquitter des obligations de prévention découlant de ce principe comprennent, par exemple, les mesures législatives, administratives ou autres nécessaires pour assurer l'exécution des lois, des décisions administratives et des principes d'action adoptés par l'État. (Voir l'article 5 et le commentaire y relatif.)

4) L'obligation faite aux États de prendre des mesures pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou réduire le risque au minimum est une obligation de due diligence, exigeant d'eux qu'ils adoptent à cet effet certaines mesures unilatérales. L'obligation imposée par le présent article n'est pas une obligation de résultat. C'est le comportement de l'État qui dira s'il s'est acquitté de l'obligation qui lui incombe en vertu des présents articles.

5) Le fait qu'une obligation de due diligence constitue la base normale de la protection de l'environnement contre les dommages peut être inféré d'un certain

nombre de conventions internationales¹⁰ ainsi que des résolutions et rapports de conférences et d'organisations internationales¹¹. L'obligation de due diligence a récemment été débattue dans un différend entre l'Allemagne et la Suisse concernant la pollution du Rhin par les laboratoires Sandoz; le Gouvernement suisse a reconnu sa responsabilité pour n'avoir pas fait preuve de la diligence voulue afin de prévenir l'accident en imposant une réglementation adéquate à ses entreprises pharmaceutiques¹².

6) Dans l'affaire de l'Alabama (États-Unis c. Royaume-Uni), le tribunal arbitral avait examiné deux définitions différentes soumises par les parties de la due diligence. Les États-Unis définissaient celle-ci comme :

"[Une] diligence proportionnée à l'importance du sujet et à la dignité et à la force du pouvoir qu'il exerce; une diligence qui doit, grâce à l'emploi d'une vigilance active, à toutes les phases de l'affaire, empêcher par tous les moyens au pouvoir du neutre la violation du territoire; une diligence qui doit, de toute manière, détourner ceux qui en auraient le dessein de commettre des actes de guerre sur le sol d'un neutre contre sa volonté, ...¹³."

7) Le Royaume-Uni avait défini la due diligence comme le "soin que les gouvernements emploient ordinairement dans leurs affaires intérieures¹⁴". Le

¹⁰ Voir par exemple l'article 194, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, supra, note 4; les articles premier, II et VII 2) de la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières, International Legal Materials, vol. 11, p. 1294; l'article 2 de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, ibid., vol. 26, p. 1529; l'article 7, par. 5, de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, supra, note 8; l'article 2, par. 1, de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, ibid.; et l'article 2, par. 1, de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, International Legal Materials, vol. 31, p. 1313.

¹¹ Voir le Principe 21 de la Charte mondiale de la nature, résolution 37/7 de l'Assemblée générale, adoptée le 28 octobre 1982; et le Principe VI du projet de principes relatifs à la modification des conditions atmosphériques établi par l'OMS et par le PNUE, Digest of United States Practice in International Law, 1978, p. 1205.

¹² Voir le New York Times des 11 novembre 1986, p. A 1, 12 novembre 1986, p. A 8, et 13 novembre 1986, p. A 3. Voir aussi Alexander Kiss, "Tchernobale, ou la pollution accidentelle du Rhin par les produits chimiques", Annuaire français de droit international, vol. 33, 1987, p. 719 à 727.

¹³ Affaire de l'Alabama, sentence de 1872, R.A.I. (Lapradelle et Politis), Pédone, Paris, 1923, tome II, p. 814 et 815.

¹⁴ Ibid., p. 612.

tribunal s'était, semble-t-il, laissé convaincre par la définition plus large du critère de la due diligence présentée par les États-Unis et s'était déclaré préoccupé par la norme "nationale" présentée par le Royaume-Uni. Il avait dit que "[l]a thèse britannique paraissait aussi réduire les devoirs internationaux d'un gouvernement à l'exercice des pouvoirs de limitation qui lui sont conférés par le droit interne et négliger l'obligation du neutre de modifier ses lois lorsqu'elles sont insuffisantes¹⁵".

8) L'étendue et le niveau de l'obligation de due diligence ont aussi été développés par Lord Atkin dans l'affaire Donoghue c. Stevenson comme suit :

"The rule that you are to love your neighbour becomes, in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, 'who is my neighbour'? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law, is my neighbour? The answer seems to be – persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts and omissions which are called into question¹⁶".

[La règle suivant laquelle il faut aimer son voisin devient, en droit, il est défendu de porter préjudice à son voisin; et la question du juriste, "qui est mon voisin"? reçoit une réponse restreinte. Chacun est tenu de prendre raisonnablement soin d'éviter les actes ou omissions dont il peut raisonnablement prévoir qu'ils seraient susceptibles de porter préjudice à son voisin. Qui, en droit, est alors mon voisin? Il semble que la réponse soit : les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon fait que ce sont elles que je devrais raisonnablement envisager comme étant ainsi touchées lorsque je songe aux actes et omissions qui sont mis en question.]

9) Dans le cadre des présents articles, la due diligence se manifeste par des efforts raisonnables de la part d'un État pour s'informer des éléments de fait et de droit dont on peut prévoir qu'ils seront liés à une ligne de conduite envisagée et pour prendre en temps utile les mesures appropriées en vue de les régler. Ainsi, les États sont tenus d'une obligation de prendre des mesures unilatérales pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif que peuvent comporter des activités entrant dans le champ d'application de l'article premier. Ces mesures comprennent, en premier lieu, la définition de principes d'action destinés à prévenir les dommages transfrontières ou à en réduire le risque au minimum et, en second lieu, leur mise en application. Ces principes d'action trouvent leur expression dans la législation et les règlements administratifs et ils sont mis en oeuvre par divers mécanismes d'exécution.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ [1932] A.C., p. 580 [H. L. (Sc)].

10) La Commission estime que la norme de due diligence par rapport à laquelle la conduite d'un État doit être examinée est celle qui est généralement considérée comme appropriée et proportionnée au degré de risque de dommage transfrontière dans le cas dont il s'agit. Par exemple, les activités qui peuvent être considérées comme comportant un risque très élevé exigent que l'État emploie beaucoup plus de soin pour élaborer des principes d'action et beaucoup plus de vigueur pour les appliquer. Des questions telles que l'envergure des opérations, leur emplacement, les conditions climatiques particulières, les matériaux employés pour l'activité et le point de savoir si les conclusions tirées de l'application de ces facteurs dans un cas donné sont raisonnables sont au nombre des éléments à prendre en considération pour déterminer quelle est la due diligence dans chaque cas. La Commission estime également que ce qui peut être considéré comme une norme raisonnable de soin ou de due diligence peut changer avec le temps. Une procédure, une norme ou une règle qui peut être considérée comme appropriée et raisonnable à un certain moment pourra ne pas l'être à un autre moment dans l'avenir. Par conséquent, l'obligation de due diligence en matière de prévention oblige un État à suivre les changements technologiques et les progrès scientifiques.

11) La Commission prend note du Principe 11 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, qui est formulé comme suit :

"Les États doivent promulguer des mesures législatives efficaces en matière d'environnement. Les normes écologiques et les objectifs et priorités pour la gestion de l'environnement devraient être adaptés à la situation en matière d'environnement et de développement à laquelle ils s'appliquent. Les normes appliquées par certains pays peuvent ne pas convenir à d'autres pays, en particulier à des pays en développement, et leur imposer un coût économique et social injustifié¹⁷".

12) On trouve une formulation analogue dans le Principe 23 de la Déclaration de Stockholm. Toutefois, ce principe précise que ces normes internes sont "sans préjudice des critères qui pourront être retenus par la communauté internationale¹⁸". La Commission est d'avis que le niveau économique des États est un des facteurs à prendre en considération pour déterminer si un État s'est acquitté de son obligation de due diligence. Mais le niveau économique d'un État ne peut être invoqué pour exonérer un État de l'obligation que lui imposent les présents articles.

13) La première obligation de l'État est de s'efforcer d'élaborer des principes d'action et de les mettre en oeuvre en vue de prévenir tout dommage transfrontière significatif. Si cela n'est pas possible, l'État doit alors s'efforcer de réduire au minimum le dommage. De l'avis de la Commission, les mots "réduire au minimum" doivent s'entendre dans ce contexte comme signifiant s'efforcer de réduire jusqu'au point le plus bas la possibilité de dommage.

¹⁷ Supra, note 1.

¹⁸ Supra, note 4.

Article 4

Coopération

Les États intéressés coopèrent de bonne foi et, au besoin, cherchent à obtenir l'assistance d'une ou de plusieurs organisations internationales pour prévenir un dommage transfrontière significatif et pour en réduire le risque au minimum.

Commentaire

1) Le principe de la coopération entre les États est essentiel tant pour définir que pour mettre en oeuvre des moyens efficaces de prévenir les dommages transfrontières ou d'en réduire le risque au minimum. Cette coopération entre les États est requise à tous les stades de la planification et de la mise en oeuvre. Dans le Principe 24 de la Déclaration de Stockholm et le Principe 7 de la Déclaration de Rio, il est reconnu que la coopération est indispensable pour pouvoir planifier efficacement des mesures de protection de l'environnement. Des formes de coopération plus spécifiques sont prévues dans des articles ultérieurs. Ces articles prévoient la participation de l'État susceptible d'être affecté, qui est indispensable pour renforcer l'efficacité de toute action préventive. Cet État peut savoir mieux que quiconque quels sont les aspects de l'activité considérée qui risquent d'être le plus dommageables pour lui ou quelles sont les zones de son territoire proches de la frontière qui risquent d'être le plus affectées par les effets transfrontières de l'activité, par exemple un écosystème particulièrement vulnérable.

2) Le présent article fait obligation aux États intéressés de coopérer de bonne foi. Le paragraphe 2 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies prévoit que tous les Membres "doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte". La Convention de Vienne sur le droit des traités et la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités affirment toutes deux dans leur préambule que le principe de la bonne foi est universellement reconnu. En outre, l'article 26 et le paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités reconnaissent la place essentielle que ce principe occupe dans l'économie des traités. La décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Essais nucléaires touche au champ d'application du principe de la bonne foi. Dans cette affaire, la Cour a déclaré que "l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi"¹⁹. Il découle de ce dictum de la Cour que le principe de la bonne foi vaut aussi pour les actes unilatéraux²⁰.

¹⁹ Affaires des Essais nucléaires (Australie c. France), ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 268.

²⁰ Voir M. Virally, critique de l'ouvrage de E. Zoller, La bonne foi en droit international public, 1977, dans American Journal of International Law, vol. 77, p. 130.

En fait, c'est "toute la structure des relations internationales²¹" qui est empreinte de ce principe.

3) Le tribunal arbitral établi en 1985 pour trancher le différend entre le Canada et la France sur le filetage à l'intérieur du Golfe du Saint-Laurent reproché au chalutier français La Bretagne a estimé que le principe de la bonne foi était parmi les éléments qui assuraient une garantie suffisante contre tout risque d'exercice abusif de ses droits par une partie²².

4) Les mots "Les États intéressés" désignent l'État d'origine et l'État ou les États susceptible(s) d'être affecté(s). Si d'autres États sont en mesure de contribuer à la réalisation des objectifs visés par les présents articles, ils sont encouragés à coopérer mais n'ont aucune obligation juridique de le faire.

5) Le présent article prévoit que les États cherchent au besoin à obtenir l'assistance d'une ou de plusieurs organisations internationales pour s'acquitter de leurs obligations de prévention énoncées dans les présents articles. Cela signifie que les États ne doivent le faire que lorsqu'ils le jugent nécessaire. Les mots au besoin visent à tenir compte d'un certain nombre de possibilités, à savoir :

6) Premièrement, l'assistance des organisations internationales peut ne pas être appropriée ou nécessaire chaque fois qu'il s'agit de prévenir un dommage transfrontière ou d'en réduire le risque au minimum. Il peut se trouver, par exemple, que l'État d'origine ou l'État affecté soient eux-mêmes avancés sur le plan technologique et possèdent autant ou même plus de capacités techniques que les organisations internationales de prévenir un dommage transfrontière significatif ou d'en réduire le risque au minimum. En pareil cas, il n'y a évidemment aucune obligation de rechercher l'assistance des organisations internationales.

7) Deuxièmement, les termes "organisation internationale" renvoient ici aux organisations qui sont compétentes et en mesure de fournir une assistance dans ces domaines. Même s'il y a de plus en plus d'organisations internationales, on ne peut pas présumer qu'il y aura nécessairement une organisation internationale ayant les capacités voulues pour intervenir dans un cas particulier.

8) Troisièmement, même s'il existe des organisations internationales compétentes, leur constitution peut les empêcher de répondre à de telles demandes des États : elle peut, par exemple, obliger (ou autoriser) certaines organisations à ne répondre qu'aux demandes d'assistance de leurs États membres ou les soumettre à d'autres contraintes. À l'évidence, le présent article ne vise pas à créer une quelconque obligation pour les organisations internationales de répondre aux demandes d'assistance qui leur sont adressées au titre de ses dispositions.

²¹ Voir R. Rosenstock, "The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations: A Survey", dans American Journal of International Law, vol. 65, p. 734.

²² International Law Reports, vol. 82, p. 614.

9) Quatrièmement, des demandes d'assistance peuvent être adressées aux organisations internationales par un ou plusieurs États intéressés. En vertu du principe de la coopération, il est préférable que ces demandes soient faites par tous les États intéressés. Toutefois, le fait qu'ils ne cherchent pas tous à obtenir l'assistance nécessaire ne lève pas l'obligation faite à chaque État de la demander. Bien entendu, la réponse et le type de concours apportés par une organisation internationale dans les cas où elle aura été sollicitée par un seul État dépendront de la nature de la demande, du type d'assistance qu'elle comporte, du lieu où l'organisation internationale devra la fournir, et ainsi de suite.

Article 5

Mise en oeuvre

Les États prennent les mesures législatives, administratives et autres, y compris la mise en place d'un mécanisme de surveillance approprié, nécessaires pour mettre en oeuvre les dispositions des présents projets d'articles.

Commentaire

1) Le présent article affirme ce qui pourrait être considéré comme une évidence, à savoir qu'en devenant parties aux présents articles, les États se trouveraient tenus de prendre les mesures de mise en oeuvre nécessaires, qu'elles soient de nature législative, administrative ou autre. Il a été placé ici pour souligner le caractère continu des présents articles, qui exigent que des mesures soient prises de temps à autre pour prévenir ou réduire au minimum les risques de dommage transfrontière résultant d'activités auxquelles ils s'appliquent²³.

2) Dire que les États sont tenus de prendre les mesures nécessaires ne signifie pas qu'ils doivent obligatoirement se mêler eux-mêmes des problèmes d'exploitation concernant les activités auxquelles s'applique l'article premier. Lorsque ces activités sont exercées par des particuliers ou des entreprises, la seule obligation faite à l'État est d'instituer le cadre réglementaire approprié et de l'appliquer conformément aux présents articles. Cette application dans la situation considérée relèvera ensuite de l'administration courante ou, en cas de différend, des tribunaux judiciaires ou arbitraux, qui s'appuieront sur le principe de non-discrimination énoncé à l'article 16.

²³ Le libellé du présent article est calqué sur le début du paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, ainsi conçu : "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 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." Supra, note 8.

Article 6

Relations avec d'autres règles du droit international

Les obligations découlant des présents projets d'articles sont sans préjudice de toutes autres obligations dont les États peuvent être tenus en vertu des traités ou des règles du droit international coutumier applicables.

Commentaire

1) Il a déjà été souligné que les présents projets d'articles ne s'appliquent qu'aux activités qui ne sont pas interdites par le droit international, que l'interdiction vise l'exercice même de l'activité ou ses effets. Les présents articles ne jouent qu'à titre subsidiaire. Ils ne s'appliquent que dans les situations qui ne sont pas régies par une règle ou un régime internationaux plus spécifiques.

2) Ainsi, l'article 6 vise à préciser avec toute la clarté possible que les présents projets d'articles sont sans préjudice de l'existence, de l'application ou de l'effet de toute autre obligation des États au regard du droit international se rapportant à un acte ou une omission auxquels autrement – c'est-à-dire en l'absence de cette obligation – ils pourraient être jugés applicables. Il s'ensuit qu'il ne faut rien induire du fait qu'une activité entre apparemment dans leur champ d'application quant à l'existence ou l'inexistence de toute autre règle du droit international, y compris toute autre règle primaire jouant dans le domaine du droit de la responsabilité des États en ce qui concerne l'activité considérée ou ses effets transfrontières, effectifs ou potentiels. La mention dans le présent article de "toute autre obligation des États" s'entend aussi bien des obligations conventionnelles que de celles du droit international coutumier. Elle est également censée recouvrir aussi bien les règles d'application particulière – que ce soit à une région déterminée ou à une activité spécifiée – que les règles de portée universelle ou générale. Cela ne fait que souligner encore le caractère secondaire des présents articles.

Article 7

Autorisation préalable

1. L'autorisation préalable d'un État est requise pour les activités entrant dans le champ d'application des présents projets d'articles qui sont menées sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle, ainsi que pour toute modification substantielle d'une activité ainsi autorisée. Cette autorisation est également requise dans le cas où il est envisagé d'introduire dans une activité une modification qui risque de la transformer en une activité entrant dans le champ d'application des présents projets d'articles.

2. La règle de l'autorisation instituée par un État est rendue applicable à toutes les activités déjà en cours entrant dans le champ d'application des présents projets d'articles.

3. Dans le cas où les conditions attachées à l'autorisation ne sont pas respectées, l'État qui l'a accordée prend les mesures appropriées, y compris, au besoin, le retrait de l'autorisation.

Commentaire

1) Cet article énonce le principe fondamental selon lequel l'autorisation préalable d'un État est requise pour les activités risquant de causer un dommage transfrontière significatif qui sont menées sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle. Le terme "autorisation" désigne l'octroi par les autorités gouvernementales de la permission de mener une activité visée par les présents articles. Les États sont libres de choisir la forme de cette autorisation.

2) La Commission considère que le fait qu'une autorisation soit exigée oblige un État à vérifier si des activités comportant un risque éventuel de causer un dommage transfrontière significatif sont exercées sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle, et que l'État doit prendre les mesures indiquées dans ces articles. Cet article exige que l'État assume un rôle responsable et actif en réglementant les activités exercées sur son territoire ou sous sa juridiction ou son contrôle qui sont susceptibles de causer un dommage transfrontière significatif. La Commission note, à cet égard, que dans l'affaire de la Fonderie de Trail, le tribunal arbitral a jugé que le Canada avait "le devoir ... de veiller à ce que ce comportement [le comportement de la Fonderie de Trail] soit conforme à l'obligation qui incombait au dominion en vertu du droit international tel qu'il était interprété en l'espèce²⁴". Le tribunal a déclaré qu'en particulier, "la Fonderie de Trail sera tenue de s'abstenir de causer tout dommage par des émanations dans l'État de Washington²⁵". De l'avis de la Commission, l'article 7 est compatible avec cette exigence.

3) Dans l'affaire du Détroit de Corfou, la Cour internationale de Justice a jugé que tout État avait l'obligation "de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États²⁶".

4) Les mots "sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle" ont été repris de l'article 2. L'expression "entrant dans le champ d'application des présents projets d'articles" rappelle toutes les conditions que prévoit l'article premier pour qu'une activité rentre dans le champ d'application des présents articles.

5) Comme l'indique la fin de la première phrase du paragraphe 1 de l'article 7, l'autorisation préalable de l'État est également requise lorsqu'il est envisagé d'introduire un changement important dans une activité qui entre

²⁴ Supra, note 7 bis, p. 1965 et 1966.

²⁵ Ibid., p. 1966.

²⁶ Affaire du Détroit de Corfou (Fond) (Royaume-Uni/Albanie), C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

déjà dans le champ d'application de l'article premier et que ce changement pourrait accroître le risque lié à cette activité ou modifier la nature ou l'étendue de ce risque. La deuxième phrase du paragraphe 1 vise les cas dans lesquels il est envisagé d'introduire dans une activité autrement sans danger une modification susceptible de la transformer en une activité qui risque de causer un dommage transfrontière significatif. L'introduction d'une telle modification exigerait aussi l'autorisation de l'État.

6) Le paragraphe 2 de l'article 7 souligne que la règle de l'autorisation devrait être rendue applicable à toutes les activités déjà en cours entrant dans le champ d'application des présents articles, dès lors qu'un État adopte le régime énoncé dans ces derniers. La Commission sait qu'il pourrait être excessif d'exiger que les États qui acceptent les obligations énoncées dans les articles les appliquent immédiatement aux activités en cours. L'exploitant pourrait avoir besoin, dans ce cas, d'un délai supplémentaire pour satisfaire aux conditions attachées à l'autorisation. La Commission considère que la décision de suspendre l'activité en attendant l'autorisation ou de la poursuivre pendant que l'exploitant effectue les démarches pour obtenir l'autorisation devrait être laissée à l'État d'origine. Si ce dernier refuse l'autorisation, c'est lui qui est censé faire cesser l'activité.

7) Le paragraphe 3 de l'article 7 a trait aux effets du non-respect par l'exploitant de la règle de l'autorisation. L'État d'origine, auquel revient la principale responsabilité de contrôler les activités, a toute latitude pour faire en sorte que l'exploitant honore ses obligations. Il peut, au besoin, retirer l'autorisation et, par là même, interdire complètement l'activité.

Article 8

Évaluation de l'impact

Toute décision relative à l'autorisation d'une activité entrant dans le champ d'application des présents projets d'articles repose sur une évaluation du dommage transfrontière possible du fait de cette activité.

Commentaire

1) Aux termes de l'article 8, avant d'autoriser des exploitants à entreprendre des activités visées à l'article premier, un État doit veiller à ce qu'il soit procédé à l'évaluation du risque que comporte l'activité de causer un dommage transfrontière significatif. Cette évaluation permet à l'État de déterminer l'étendue et la nature du risque que présente une activité et, par conséquent, le type de mesures préventives qu'il doit prendre. La Commission estime que, dans la mesure où ces articles sont destinés à s'appliquer sur le plan mondial, ils ne peuvent pas être trop détaillés et doivent contenir uniquement ce qui est nécessaire à la clarté du texte.

2) Bien que l'évaluation des effets dans l'affaire de la Fonderie de Trail ne se rapporte peut-être pas directement à la responsabilité pour risque, elle a néanmoins fait ressortir la nécessité d'une évaluation des conséquences d'une activité comportant un risque important. Dans cette affaire, le tribunal a indiqué que l'étude effectuée par des spécialistes connus à la réputation bien

établie était "probablement l'étude la plus approfondie jamais faite sur une région soumise à une pollution atmosphérique causée par de la fumée industrielle²⁷".

3) L'obligation énoncée à l'article 8 est compatible avec le Principe 17 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, qui prévoit aussi une étude d'impact des activités qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement. Ce principe est ainsi énoncé :

"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 compétente²⁸."

L'obligation d'évaluer les effets nocifs de certaines activités est énoncée sous différentes formes dans de nombreux accords internationaux²⁹.

²⁷ Supra, note 7 bis, p. 1973 et 1974.

²⁸ Supra, note 1.

²⁹ Voir par exemple les articles 205 et 206 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, supra, note 4; l'article 4 de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, supra, note 8; l'article 8 du Protocole sur la protection de l'environnement (Traité sur l'Antarctique), du 4 octobre 1991, International Legal Materials, vol. 30, p. 1461; l'article 14 1) a) et b) de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique, du 5 juin 1992 (doc. DPI/1307); l'article 14 de l'Accord de l'ANASE sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, du 9 juillet 1985, PNUJ, Selected Multilateral Treaties in the Field of Environment, vol. 2, p. 343; la Convention de Nouméa sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique Sud, du 24 novembre 1986, International Legal Materials, vol. 26, p. 38; l'article XI de la Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution, du 24 avril 1978, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1046, p. 120; et la Convention régionale de Jeddah pour la conservation du milieu marin de la mer Rouge et du golfe d'Aden, du 14 février 1982, PNUJ, Selected Multilateral Treaties in the Field of Environment, vol. 2, p. 144. Dans certains traités, l'obligation d'effectuer une étude d'impact est implicite. Par exemple, les deux traités multilatéraux concernant les systèmes de communication exigent que leurs signataires utilisent leurs systèmes de communication de manière à éviter des interférences avec ceux des autres États parties. Le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention radiotélégraphique internationale de 1927 exige que les parties à la Convention exploitent leurs stations de manière à ne pas troubler les communications radioélectriques des autres gouvernements contractants et des particuliers autorisés par ces gouvernements. Société des Nations, Recueil des Traités, vol. LXXXIV, p. 97. La Convention internationale de 1936 concernant l'emploi de la radiodiffusion dans l'intérêt de la paix interdit toute émission qui serait de nature à inciter la population d'un autre État à agir d'une manière contraire à l'ordre intérieur ou à la sécurité de cet État (ibid., vol. CLXXXVI, p. 301).

L'exemple le plus notable est la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière adoptée le 25 février 1991, qui est entièrement consacrée à la procédure à suivre pour effectuer une étude d'impact et au contenu d'une telle étude³⁰.

4) Le soin de trancher la question de savoir qui doit procéder à l'évaluation est laissé aux États. Cette évaluation est normalement effectuée par des agents qui observent certains principes directeurs établis par les États. Il appartiendrait aux États eux-mêmes de régler ces questions dans leur législation interne ou des instruments internationaux applicables. Il est toutefois présumé qu'un État désignera une autorité, gouvernementale ou non, qui sera chargée d'apprécier l'évaluation au nom du gouvernement, et que celui-ci acceptera d'assumer la responsabilité des conclusions auxquelles cette autorité sera parvenue.

5) L'article ne précise pas quel devrait être le contenu de l'évaluation du risque. À l'évidence, l'évaluation du risque que comporte une activité ne peut être valablement effectuée que si cette évaluation établit une relation entre le risque et le dommage éventuel que celui-ci pourrait entraîner. La plupart des conventions et des instruments juridiques internationaux existants ne précisent pas quel doit être le contenu de l'évaluation. Il est cependant des exceptions comme la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, qui prévoit de façon détaillée le contenu d'une telle évaluation³¹. Dans la conclusion No 8 de sa résolution 37/217 du 24 mars 1983

³⁰ Supra, note 8.

³¹ L'article 4 de cette convention prévoit que l'évaluation de l'impact sur l'environnement d'un État partie doit contenir, au moins, les renseignements visés à l'appendice II de la Convention. L'appendice II énumère les neuf rubriques suivantes :

Contenu du dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement

Renseignements minimums devant figurer dans le dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement, en vertu de l'article 4 :

- a) Description de l'activité proposée et de son objet;
- b) Description, s'il y a lieu, des solutions de remplacement (par exemple en ce qui concerne le lieu d'implantation ou la technologie) qui peuvent être raisonnablement envisagées, sans omettre l'option "zéro";
- c) Description de l'environnement sur lequel l'activité proposée et les solutions de remplacement sont susceptibles d'avoir un impact important;
- d) Description de l'impact que l'activité proposée et les solutions de remplacement peuvent avoir sur l'environnement et estimation de son importance;
- e) Description des mesures correctives visant à réduire autant que possible l'impact préjudiciable sur l'environnement;

sur la coopération internationale dans le domaine de l'environnement, l'Assemblée générale prévoit également de façon détaillée le contenu de l'évaluation pour l'exploitation minière et le forage en mer³².

6) Dans leur majorité les membres de la Commission sont d'avis de laisser à la législation interne de l'État qui procède à l'évaluation le soin de déterminer quel devrait être, plus précisément, le contenu de celle-ci. Aux fins de l'application de l'article 8, toutefois, une telle évaluation devrait porter, au moins, sur les effets dommageables transfrontières éventuels que l'activité en cause pourrait avoir. En vertu de l'article 10, l'État d'origine sera tenu de communiquer l'évaluation du risque aux États qui pourraient pâtir du dommage causé par cette activité. Pour que ces États puissent évaluer le risque auquel ils pourraient être exposés, il leur faut savoir quels effets dommageables éventuels cette activité pourrait avoir sur eux et connaître aussi les probabilités qu'un dommage soit causé.

7) L'évaluation devrait porter aussi sur les effets que l'activité pourrait avoir non seulement sur les personnes et les biens mais aussi sur l'environnement d'autres États. La Commission est convaincue de la nécessité de protéger l'environnement, ainsi que de l'importance que cette protection revêt, indépendamment de tout dommage susceptible d'être causé à tels ou tels êtres humains ou biens.

8) L'article 10 ne fait pas obligation aux États d'exiger une évaluation du risque pour toute activité qui est entreprise sur leur territoire ou à un autre titre sous leur juridiction ou leur contrôle. Les activités qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif présentent un certain nombre de caractéristiques générales, identifiables et susceptibles de fournir aux États quelque indication qui leur permettra de déterminer quelles activités pourraient relever des dispositions de ces articles. Par exemple, le type de source d'énergie utilisé pour la fabrication, l'emplacement de l'activité et sa proximité de la zone frontrière, etc., sont autant d'éléments susceptibles de fournir des indications sur le point de savoir si cette activité pourrait relever du champ d'application des présents articles. Il y a des substances qui sont énumérées dans certaines conventions comme étant dangereuses ou à risque, et le seul fait qu'elles soient utilisées dans le cadre d'une activité

f) Indication précise des méthodes de prévision et des hypothèses de base retenues ainsi que des données environnementales pertinentes utilisées;

g) Inventaire des lacunes dans les connaissances et des incertitudes constatées en rassemblant les données requises;

h) S'il y a lieu, aperçu des programmes de surveillance et de gestion et des plans éventuels pour l'analyse à posteriori;

i) Résumé non technique avec, au besoin, une présentation visuelle (cartes, graphiques, etc.).

³² Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément No 51 (A/37/51).

quelconque peut être une indication que ces activités pourraient causer un dommage transfrontière significatif³³. Il y a aussi certaines conventions qui énumèrent les activités présumées dommageables et qui pourraient indiquer que ces activités sont susceptibles de relever du champ d'application des présents articles³⁴.

Article 9

Information du public

Les États, par les moyens appropriés, tiennent le public susceptible d'être affecté par une activité entrant dans le champ d'application des présents projets d'articles informé de ladite activité, du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter, et ils s'informent eux-mêmes de son opinion.

Commentaire

1) L'article 9 exige que les États, dans la mesure du possible et par les moyens appropriés, tiennent le public – le leur ou celui d'autres États – susceptible d'être affecté par une activité sujette à autorisation informée du

³³ Par exemple, la Convention de 1974 pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique prévoit, en son article 4, l'obligation, pour les parties, d'éliminer ou de limiter la pollution de l'environnement par certaines substances, et la liste de ces substances figure à l'annexe de la Convention, PNUE, Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment, Ref. Series 3, 1983, p. 430. De même, la Convention de 1974 pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique offre à l'annexe I une liste de substances dangereuses et à l'annexe II une liste de substances et de matières nuisibles, dont les dépôts sont soit interdits, soit strictement limités, [OMI1], LDC.2/Circ.303. Voir également le Protocole à la Convention de 1976 pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution, *ibid.*; et la Convention de 1976 relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1124, p. 375.

³⁴ Voir par exemple l'appendice I de la Convention de 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, où un certain nombre d'activités telles que celles des raffineries de pétrole, centrales thermiques, installations destinées à la production ou à l'enrichissement de combustibles nucléaires, etc., sont identifiées comme pouvant être dangereuses pour l'environnement et exigeant une évaluation de l'impact sur l'environnement en vertu de la Convention, *supra*, note 8. À l'annexe II de la Convention de 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, des activités telles que celles d'installations ou de sites destinés à l'élimination totale ou partielle de déchets solides, liquides ou gazeux par incinération au sol ou en mer, d'installations ou de sites destinés à la dégradation thermique de déchets solides, gazeux ou liquides au moyen d'une alimentation réduite en oxygène, etc., ont été identifiées comme étant des activités dangereuses. L'annexe I de cette dernière convention contient aussi une liste des substances dangereuses, Série des Traités européens, No 150.

risque que celle-ci comporte et du dommage qui pourrait en résulter, et qu'ils s'informent eux-mêmes de son opinion sur la question. Cet article exige donc des États deux choses : a) qu'ils informent le public de l'activité considérée, du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter, et b) qu'ils s'informent eux-mêmes de l'opinion du public. Il est évident que l'information du public vise à permettre à ses membres de s'informer eux-mêmes, et ensuite à l'État de s'informer de l'opinion du public. Omettre cette deuxième étape serait aller à l'encontre du but de l'article.

2) Les informations à fournir au public sont des informations sur l'activité elle-même ainsi que sur la nature et l'ampleur du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter. Ces informations se trouvent dans les documents qui accompagnent la notification effectuée conformément à l'article 10 ou dans l'évaluation à laquelle l'État susceptible d'être affecté peut procéder conformément à l'article 13.

3) Cet article s'inspire des nouvelles tendances qui se font jour en droit international en général et dans le droit de l'environnement en particulier, visant à associer aux processus de prise de décisions les individus dont la vie, la santé, les biens et l'environnement sont susceptibles d'être affectés, en leur donnant la possibilité de faire connaître leur point de vue et de se faire entendre de ceux qui statuent en dernier ressort.

4) Le Principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement prévoit la participation du public aux processus de prise de décisions dans les termes suivants :

"La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décisions. Les États doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré³⁵".

5) Un certain nombre d'autres accords internationaux récents traitant de questions d'environnement prévoient que les États doivent informer le public et lui donner la possibilité de participer aux processus de prise de décisions. Les paragraphes 1 et 2 de l'article VII du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières sont intéressants à cet égard :

"1. Pour promouvoir une prise de décisions en connaissance de cause par les autorités centrales, régionales ou locales dans les

³⁵ Supra, note 1.

délibérations relatives à une pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, les pays devraient faciliter la participation du public qui pourrait subir un préjudice aux auditions et enquêtes préliminaires et la présentation d'objections concernant les décisions proposées, ainsi que le recours et la représentation dans les instances administratives et judiciaires.

2. Les pays dans lesquels se produit un incident devraient prendre toutes les mesures appropriées pour fournir aux personnes physiques et morales exposées à un risque important de pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières des renseignements suffisants pour leur permettre d'exercer les droits qui leur sont accordés en droit interne conformément aux objectifs du présent Code³⁶.

L'article 16 de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux³⁷, l'article 3, paragraphe 8, de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière³⁸, l'article 17 de la Convention pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique³⁹ et l'article 6 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques⁴⁰ prévoient tous que le public doit être tenu informé.

6) Les modalités de participation aux processus de prise de décisions sont nombreuses. Examiner les données et les informations sur la base desquelles les décisions seront prises et pouvoir confirmer ou contester l'exactitude des faits, l'analyse et les considérations de politique, que ce soit en saisissant les tribunaux administratifs ou d'autres juridictions ou par le biais de groupements de citoyens intéressés, est un moyen de participer à la prise des décisions. De l'avis de la Commission, ce mode de participation contribue aux efforts déployés pour prévenir les dommages transfrontières et à l'environnement.

7) L'obligation énoncée à l'article 9 est circonscrite par le membre de phrase "par les moyens appropriés", qui vise à laisser aux États le soin de choisir les moyens par lesquels cette information peut être diffusée, en fonction des exigences de leur droit interne et de leur politique en ce qui concerne par exemple la question de savoir si cette information devrait être fournie par les médias, des organisations non gouvernementales, des organismes gouvernementaux, les autorités locales, etc. Quand la population concernée est celle d'un autre État, elle peut être informée par l'entremise de l'État concerné, s'il est impossible ou difficile de communiquer directement.

³⁶ Supra, note 7.

³⁷ Supra, note 10.

³⁸ Supra, note 8.

³⁹ Supra, note 35.

⁴⁰ International Legal Materials, vol. 31, p. 851.

8) Par ailleurs, l'État susceptible d'être affecté, après avoir reçu la notification et les informations qui lui ont été adressées par l'État d'origine, doit, par les moyens appropriés, informer la partie de son propre public susceptible d'être affectée avant de répondre à la notification.

Article 10

Notification et information

1. Si l'évaluation visée à l'article 8 fait apparaître un risque de dommage transfrontière significatif, l'État d'origine, en attendant de prendre une décision sur l'autorisation de l'activité, en donne en temps utile notification aux États susceptibles d'être affectés et leur communique les informations techniques et autres informations pertinentes disponibles sur lesquelles l'évaluation est fondée.

2. La réponse des États susceptibles d'être affectés est fournie dans un délai raisonnable.

Commentaire

1) L'article 10 envisage les cas où l'évaluation à laquelle un État procède en application de l'article 8 indique que l'activité envisagée comporte effectivement un risque de causer un dommage transfrontière significatif. Cet article définit, avec les articles 9, 11, 13 et 14, une série de procédures essentielles pour équilibrer les intérêts de tous les États concernés en leur donnant une possibilité raisonnable de déterminer comment entreprendre l'activité tout en prenant des mesures raisonnables et satisfaisantes pour prévenir le dommage transfrontière ou le réduire au minimum.

2) L'article 10 oblige l'État d'origine à adresser une notification aux États susceptibles d'être affectés par l'activité envisagée. Il s'agit en l'occurrence des activités projetées tant par l'État lui-même que par des entités privées. L'obligation de notifier est un élément indispensable de tout système visant à prévenir le risque de dommage transfrontière ou à le réduire au minimum.

3) L'obligation d'informer les autres États des risques de dommage significatif auquel ils sont exposés est consacrée dans l'arrêt rendu dans l'affaire du détroit de Corfou, dans lequel la Cour internationale de Justice a jugé que l'obligation d'avertir était fondée sur "des considérations élémentaires d'humanité"⁴¹. Ce principe est reconnu dans le contexte de l'utilisation des cours d'eau internationaux et il est dans ce même contexte consacré dans un certain nombre d'accords internationaux, de décisions de tribunaux internationaux, de déclarations et de résolutions adoptées par des organisations, conférences et réunions intergouvernementales et d'études

⁴¹ Supra, note 28, p. 22.

établies par des organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales⁴².

4) L'utilisation des cours d'eau internationaux mise à part, le principe de notification a été reconnu en ce qui concerne d'autres activités ayant des effets transfrontières. Par exemple, l'article 3 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière⁴³ et les articles 3 et 10 de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels⁴⁴. Dans le Principe 19 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, il est précisé que la notification doit être faite suffisamment à l'avance :

"Les États doivent prévenir suffisamment à l'avance les États 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 États rapidement et de bonne foi⁴⁵."

5) La procédure de notification a été établie par un certain nombre de résolutions de l'OCDE. Par exemple, en ce qui concerne certaines substances chimiques, la résolution C(71)73 de l'OCDE, en date du 18 mai 1971, dispose que tout État membre doit recevoir notification préalable des mesures envisagées par un autre État membre en ce qui concerne les substances ayant une incidence sur l'homme ou son environnement, dans les cas où ces mesures peuvent avoir des effets importants sur l'économie et le commerce d'autres États⁴⁶. La résolution C(74)224 de l'OCDE, en date du 14 novembre 1974, intitulée "Principes relatifs à la pollution transfrontière", exige dans son "Principe d'information et de consultation" une notification et des consultations avant le début de toute activité susceptible de créer un risque sensible de pollution transfrontière⁴⁷.

⁴² Pour des traités prévoyant une notification préalable et un échange d'informations en ce qui concerne les cours d'eau, voir le commentaire de l'article 12, "Notification des mesures projetées pouvant avoir des effets négatifs", du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément No 10 (A/49/10), p. 236.

⁴³ L'article 3 de la Convention prévoit un système de notification élaboré, supra, note 8.

⁴⁴ International Legal Materials, vol. 31, p. 1333.

⁴⁵ Supra, note 1.

⁴⁶ OCDE, L'OCDE et l'environnement, 1986, p. 89, par. 4, de l'annexe.

⁴⁷ Ibid., p. 142.

6) Le principe de notification est bien établi en cas d'urgence écologique. Le Principe 18 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁴⁸, l'article 198 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer⁴⁹, l'article 2 de la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire⁵⁰, l'article 14 1) d) et 3) de la Convention sur la diversité biologique⁵¹ et l'article 5 1) c) de la Convention internationale sur la préparation, l'intervention et la coopération en cas de pollution par les hydrocarbures⁵² exigent tous une notification.

7) Si l'évaluation fait apparaître un risque de dommage transfrontière significatif, l'État qui projette d'entreprendre l'activité en question est tenu, en application du paragraphe 1, d'en informer les États susceptibles d'être affectés. Cette notification est accompagnée des informations techniques disponibles sur lesquelles l'évaluation est fondée. S'il est question des informations techniques et autres informations pertinentes "disponibles", c'est pour indiquer que l'obligation de l'État d'origine se limite à la communication des informations techniques et autres qui ont été réunies en ce qui concerne l'activité. Ces informations sont généralement obtenues à l'occasion de l'évaluation effectuée en application de l'article 8. Le paragraphe 1 part du principe que les informations techniques résultant de l'évaluation comprennent non seulement ce qu'on pourrait appeler les données brutes, à savoir les fiches techniques, statistiques, etc., mais aussi l'analyse des informations utilisée par l'État d'origine lui-même pour évaluer le risque de dommage transfrontière.

8) Les États sont libres de décider comment informer les États susceptibles d'être affectés. En règle générale, ils se mettront directement en rapport avec ceux-ci par la voie diplomatique. En l'absence de relations diplomatiques, ils pourront les informer par l'intermédiaire d'un État tiers.

9) Le paragraphe 1 concerne également les cas où l'État d'origine, malgré tous ses efforts et sa diligence, ne peut identifier avant d'autoriser l'activité tous les États susceptibles d'être affectés et n'en est informé qu'après que l'activité a commencé. En application de ce paragraphe, dans un tel cas l'État d'origine doit procéder à la notification dès que l'information parvient à sa connaissance et qu'il a eu la possibilité, dans un délai raisonnable, de déterminer que certains autres États sont susceptibles d'être affectés par l'activité.

10) Le paragraphe 2 a trait à la nécessité pour les États intéressés de fournir leur réponse dans un délai raisonnable. Ce qu'on entend par délai raisonnable dépend de plusieurs facteurs. De façon générale, il s'agit d'un délai

⁴⁸ Supra, note 1.

⁴⁹ Supra, note 4.

⁵⁰ International Legal Materials, vol. 25, p. 1369.

⁵¹ Supra, note 31.

⁵² International Legal Materials, vol. 30, p. 735.

permettant aux États concernés d'évaluer les données pertinentes et de tirer leurs propres conclusions. Cette obligation suppose une coopération de bonne foi.

Article 11

Consultations sur les mesures préventives

1. Les États intéressés engagent des consultations, à la demande de l'un quelconque d'entre eux, en vue de parvenir à des solutions acceptables concernant les mesures à adopter pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en réduire le risque au minimum.
2. Les États recherchent des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 12.
3. Si les consultations visées au paragraphe 1 ne permettent pas d'aboutir à une solution concertée, l'État d'origine tient néanmoins compte des intérêts des États susceptibles d'être affectés s'il décide d'autoriser la poursuite de l'activité à ses propres risques, sans préjudice des droits de tout État susceptible d'être affecté.

Commentaire

1) L'article 11 impose aux États concernés, c'est-à-dire l'État d'origine et les États susceptibles d'être affectés, l'obligation d'engager des consultations en vue de convenir des mesures à prendre pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en réduire le risque au minimum. Selon le moment où cet article est invoqué, les consultations peuvent avoir lieu avant l'autorisation et le démarrage de l'activité, ou au cours de l'exécution de l'activité.

2) La Commission a essayé de maintenir dans l'article 11 un équilibre entre deux considérations également importantes. Premièrement, l'article vise les activités qui ne sont pas interdites par le droit international et qui, généralement, revêtent une importance pour le développement économique de l'État d'origine. Mais, deuxièmement, il serait injuste à l'égard d'autres États de permettre que ces activités soient conduites sans qu'ils soient consultés et sans que les mesures préventives appropriées soient prises. C'est pourquoi l'article ne prévoit ni une simple formalité que l'État d'origine doit accomplir sans vraiment avoir l'intention de parvenir à une solution acceptable pour les autres États, ni un droit de veto au bénéfice des États susceptibles d'être affectés. Pour maintenir un équilibre, l'article s'appuie sur les modalités et la finalité des consultations engagées par les parties. Les parties doivent engager des consultations de bonne foi et doivent tenir compte des intérêts légitimes de chacune d'elles. Les parties se consultent pour arriver à une solution acceptable concernant les mesures à adopter pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en réduire le risque au minimum.

3) De l'avis de la Commission, le principe de bonne foi fait partie intégrante de toute obligation de conduire des consultations et des négociations. Dans la sentence qu'il a rendue dans l'affaire du lac Lanoux, le Tribunal a consacré

comme suit l'obligation des parties d'engager des consultations et de négocier sincèrement et de bonne foi :

"Les consultations et les négociations entre les deux États doivent être sincères, doivent être conformes aux règles de la bonne foi et ne doivent pas se réduire à de simples formalités. Les règles de la raison et de la bonne foi sont applicables aux droits et devoirs procéduraux relatifs au partage de l'utilisation des cours d'eau internationaux⁵³."

4) S'agissant de ce point particulier de la bonne foi, la Commission s'appuie aussi sur l'arrêt que la Cour internationale de Justice a rendu dans l'affaire de la Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande). La Cour a dit ce qui suit : "Leur tâche [des parties] sera de conduire leurs négociations dans un esprit tel que chacune doive, de bonne foi, tenir raisonnablement compte des droits de l'autre⁵⁴". La Commission juge aussi intéressante en l'espèce la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans les affaires du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark et République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas)⁵⁵, à propos de la manière dont les négociations devraient être conduites. Dans ces affaires, la Cour a dit que :

"a) Les parties sont tenues d'engager une négociation en vue de réaliser un accord et non pas simplement de procéder à une négociation formelle comme une sorte de condition préalable à l'application automatique d'une certaine méthode de délimitation faute d'accord; les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification⁵⁶."

Même si dans cet arrêt la Cour parle de "négociation", la Commission considère que l'obligation de bonne foi requise des parties vaut aussi bien dans le cas des consultations que dans celui des négociations.

5) Le but des consultations, pour les parties, est de trouver des solutions acceptables concernant les mesures à adopter afin de prévenir un dommage transfrontière significatif ou en réduire le risque au minimum. Les termes "solutions acceptables", concernant l'adoption de mesures préventives, renvoient aux mesures qui sont acceptées par les parties dans le cadre des directives énoncées au paragraphe 2. De façon générale, le consentement des parties aux

⁵³ Supra, note 7 ter.

⁵⁴ Affaire de la Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt du 25 juillet 1974, C.I.J. Recueil 1974, par. 78.

⁵⁵ Affaires du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, C.I.J. Recueil 1969, en particulier par. 85 et 87.

⁵⁶ Ibid., par. 85.

mesures préventives s'exprimera par la voie d'un accord sous une forme ou une autre.

6) Les parties devraient de toute évidence chercher d'abord à identifier les mesures qui peuvent éviter tout risque de dommage transfrontière significatif ou, si cela n'est pas possible, qui réduisent au minimum le risque d'un tel dommage. En vertu de l'article 4, les parties sont tenues, en outre, de coopérer à l'application de ces mesures. Cette exigence, là encore, s'explique par l'idée que l'obligation de diligence, au coeur des dispositions tendant à prévenir un dommage transfrontière significatif ou à en réduire le risque au minimum, est de caractère permanent et s'applique à chacune des étapes liées à la conduite de l'activité.

7) L'article 11 peut être invoqué chaque fois que la question se pose de savoir s'il convient de prendre des mesures préventives. Cette question peut naturellement découler de la mise en oeuvre de l'article 10, parce que l'État d'origine a notifié à d'autres États qu'une activité qu'il se propose d'entreprendre risque de causer un dommage transfrontière significatif, de l'échange d'informations en vertu de l'article 14 ou encore de l'application de l'article 13 sur les procédures en cas d'absence de notification.

8) L'article 11 a un vaste champ d'application. Il doit s'appliquer à toutes les questions liées aux mesures préventives. Ainsi, lorsque les parties procèdent à la notification prévue à l'article 10 ou échangent des informations au titre de l'article 14 et que ces communications comportent des ambiguïtés, des consultations peuvent être demandées simplement pour faire la lumière sur les points qui manquent de clarté.

9) Le paragraphe 2 donne des orientations aux États quand ils se consultent sur les mesures préventives. Les parties rechercheront des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 12. Ni le paragraphe 2 de cet article, ni l'article 12 n'empêchent les parties de prendre en considération d'autres facteurs qu'ils jugent pertinents pour parvenir à un juste équilibre des intérêts.

10) Le paragraphe 3 traite de la possibilité que, en dépit des efforts des parties, celles-ci ne parviennent pas à un accord sur des mesures préventives acceptables. Comme il est expliqué au paragraphe 3) ci-dessus, cet article établit un équilibre entre deux considérations, dont l'une consiste à refuser le droit de veto aux États susceptibles d'être affectés. La Commission rappelle à ce sujet la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du lac Lanoux, où le Tribunal a fait observer que, dans certaines situations, il se pouvait que la partie susceptible d'être affectée en arrive, en violation du principe de la bonne foi, à paralyser d'authentiques efforts de négociation⁵⁷. Pour tenir compte de cette possibilité, l'article prévoit que l'État d'origine est autorisé à aller de l'avant dans l'exercice de l'activité considérée, faute de quoi les États susceptibles d'être affectés se trouveraient en fait dotés d'un droit de veto. L'État d'origine, tout en étant autorisé à lancer l'activité envisagée, demeure tenu de prendre en considération les intérêts des États susceptibles

⁵⁷ Supra, note 7 ter, p. 128.

d'être affectés. Du fait des consultations, il connaît les préoccupations de ces derniers et se trouve même dans une meilleure position pour les prendre sérieusement en considération dans la conduite de l'activité en cause. De plus, l'État d'origine mène cette activité "à ses propres risques".

11) La dernière partie du paragraphe 3 protège également les intérêts des États susceptibles d'être affectés. Cette disposition est censée avoir une large portée et englober tous droits dont lesdits États pourraient se prévaloir en vertu d'une règle quelconque du droit international, des principes généraux du droit, du droit interne, etc.

Article 12

Facteurs d'un juste équilibre des intérêts

Pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article 11, les États intéressés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment :

a) Le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum ou de réparer le dommage;

b) L'importance de l'activité, compte tenu des avantages globaux d'ordre social, économique et technique qui en découlent pour l'État d'origine par rapport au dommage qui peut en résulter pour les États susceptibles d'être affectés;

c) Le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum, ou de rendre l'environnement à sa condition première;

d) La mesure dans laquelle les États d'origine et, le cas échéant, les États susceptibles d'être affectés sont prêts à participer à la prise en charge du coût de la prévention;

e) La viabilité économique de l'activité, compte tenu du coût de la prévention et de la possibilité de mener l'activité ailleurs ou par d'autres moyens ou encore de la remplacer par une autre activité;

f) Les normes de protection appliquées à la même activité ou à des activités comparables par les États susceptibles d'être affectés et celles qui sont appliquées dans la pratique comparable existant au niveau régional ou international.

Commentaire

1) Le but de cet article est de guider les États qui ont engagé des consultations pour essayer de parvenir à un juste équilibre des intérêts. À cette fin, il faut établir les faits et peser soigneusement tous les facteurs et circonstances pertinents.

2) La clause principale de l'article dispose que "pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article 11, les États concernés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents". Et l'article de dresser une liste non exhaustive de ces facteurs et circonstances. La grande diversité des types d'activités visés par ces articles, et les différentes situations et circonstances dans lesquelles celles-ci seront exercées, rendent impossible l'établissement d'une liste exhaustive de facteurs pertinents dans tous les cas d'espèce. Certains des facteurs seront peut-être pertinents dans un cas donné alors que d'autres ne le seront pas et que d'autres facteurs encore, non mentionnés dans la liste, pourront se révéler pertinents. Aucune priorité ni aucun poids n'est attribué aux facteurs et circonstances énumérés car certains d'entre eux peuvent être plus importants dans certains cas, et d'autres mériter de se voir attribuer un poids plus grand dans d'autres cas. D'une manière générale, les facteurs et circonstances indiqués permettront aux parties de comparer les coûts et avantages qui pourraient être en jeu dans un cas donné.

3) L'alinéa a) établit une comparaison entre le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum, et des possibilités de réparer le dommage. Par exemple, le degré de risque d'un dommage pourrait être élevé mais il pourrait exister des mesures susceptibles de prévenir le dommage ou d'en réduire le risque, ou des possibilités de réparer le dommage. Les comparaisons en la matière se situent aussi bien au plan quantitatif qu'au plan qualitatif.

4) L'alinéa b) compare l'importance de l'activité, du point de vue des avantages sociaux, économiques et techniques qui en découlent pour l'État d'origine, et le dommage qui peut en résulter pour les États susceptibles d'être affectés. La Commission rappelle, dans ce contexte, la décision qui a été adoptée dans l'affaire de la Donauversinkung où le tribunal a déclaré :

"Les intérêts des États en cause doivent être évalués équitablement les uns par rapport aux autres. Il faut prendre en considération non seulement le préjudice absolu causé à l'État voisin mais aussi le rapport entre l'avantage acquis par l'un et le préjudice causé à l'autre⁵⁸."

5) L'alinéa c) établit, de la même manière que l'alinéa a), une comparaison entre le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce dommage ou d'en réduire le risque au minimum, et des possibilités de rendre l'environnement à sa condition première. La Commission souligne l'importance particulière que revêt la protection de l'environnement. De l'avis de la Commission, le principe 15 de la Déclaration de Rio est pertinent au regard de cet alinéa lorsqu'il déclare : "En

⁵⁸ Wurtemberg et Prusse c. Bade (affaire de la Donauversinkung) (1927), dans Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Berlin, de Gruyter), vol. 116, annexe, p. 18 à 45 (1927), cité dans Annual Digest of Public International Law Cases (1927-1928) (Londres, 1931), p. 131; voir également Kansas c. Colorado (1907), 206 US 100, et Washington c. Oregon (1936), 297 US 517.

cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement⁵⁹."

6) L'alinéa d) dispose que l'un des éléments qui déterminent le choix des mesures préventives est la volonté de l'État d'origine et des États susceptibles d'être affectés de participer au coût de la prévention. Par exemple, si les États susceptibles d'être affectés sont disposés à contribuer aux frais encourus au titre des mesures préventives, on peut normalement s'attendre, compte tenu d'autres facteurs, à ce que l'État d'origine adopte des mesures préventives plus coûteuses mais plus efficaces. Pour autant, il ne faudrait pas attacher moins d'importance aux dispositions moins coûteuses que l'État d'origine pourra prendre dans le cadre des mesures appropriées qu'il est tenu d'adopter en vertu de l'article 3.

7) L'alinéa e) introduit un certain nombre de facteurs qu'il faut comparer et dont il faut tenir compte. Il faut comparer la viabilité économique de l'activité au coût de la prévention. Le coût des mesures préventives ne doit pas être élevé au point de rendre l'activité non viable du point de vue économique. La viabilité économique de l'activité doit également être évaluée du point de vue de la possibilité de l'exercer en un autre lieu, ou par d'autres moyens, ou de lui substituer une autre activité. Le membre de phrase "mener l'activité ... par d'autres moyens" entend tenir compte, par exemple, d'une situation dans laquelle un certain type de substance chimique utilisé dans le cadre de l'activité, et source éventuelle d'un dommage transfrontière, pourrait être remplacé par une autre substance chimique; ou d'une situation où l'outillage d'installations industrielles ou d'une usine pourrait être remplacé par un matériel différent. Le membre de phrase "remplacer [l'activité] par une autre activité" est censé tenir compte de la possibilité d'atteindre les mêmes résultats ou des résultats comparables par le moyen d'une autre activité ne comportant aucun risque, ou un risque bien moindre, de dommage transfrontière.

8) L'alinéa f) compare la norme de prévention dont l'application est exigée de l'État d'origine à la norme qui est appliquée à la même activité ou à une activité comparable dans l'État susceptible d'être affecté. La raison d'être de cette disposition est que, d'une manière générale, il pourrait être déraisonnable d'exiger que l'État d'origine se conforme à une norme de prévention beaucoup plus rigoureuse que les normes en vigueur dans les États susceptibles d'être affectés. Mais ce facteur n'est pas déterminant en lui-même. Des situations peuvent se présenter dans lesquelles l'État d'origine sera appelé à appliquer à l'activité des normes de prévention plus strictes que celles des États susceptibles d'être affectés, par exemple si l'État d'origine est un État hautement développé appliquant une réglementation de l'environnement édictée dans le cadre de sa législation interne. Cette réglementation sera sans doute plus rigoureuse que celle qu'appliquerait un État d'origine qui, vu son niveau de développement, n'aurait, en matière de normes de prévention, qu'une réglementation très restreinte (suffisant d'ailleurs à ses besoins), si tant est qu'il en ait une. Compte tenu d'autres facteurs, l'État d'origine pourrait

⁵⁹ Supra, note 1.

avoir à appliquer ses propres normes de prévention, plus strictes que celles des États susceptibles d'être affectés.

9) Les États devraient également tenir compte des normes de prévention appliquées aux mêmes activités ou à des activités comparables dans d'autres régions ou, s'il en existe, des normes internationales de prévention applicables à des activités similaires. Cette observation s'applique tout particulièrement lorsque, par exemple, les États concernés ne disposent d'aucune norme de prévention pour ces activités, ou lorsqu'ils tiennent à améliorer leurs normes existantes.
