



# Assemblée générale

Distr. générale  
21 mars 2003  
Français  
Original: anglais

## Commission du droit international

### Cinquante-cinquième session

Genève, 5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2003

## Premier rapport sur le régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses

Par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, Rapporteur spécial

### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction .....	1-4	3
I. La Commission du droit international et la responsabilité internationale .....	5-47	5
A. Les travaux de MM. Quentin-Baxter et Barboza, Rapporteurs spéciaux .....	6-14	5
1. Approche de Quentin-Baxter : anticipations communes et régime négocié .....	6-9	5
2. Traitement de la responsabilité ( <i>liability</i> ) par Barboza .....	10-14	7
B. Régime international de responsabilité : questions en suspens .....	15-42	9
1. La responsabilité de l'État .....	16-19	9
2. Responsabilité objective ou absolue : fondement juridique nécessaire d'un régime international? .....	20-25	12
3. Champ des activités couvertes .....	26-28	14
4. Seuil de dommage : le dommage significatif en tant que critère nécessaire .....	29-32	16
5. Prévention et responsabilité : concepts distincts mais liés .....	33-36	17
6. Reprise des travaux sur la responsabilité, axés sur les modèles de prise en charge des pertes .....	37-42	18
C. Quelques considérations de principe .....	43-46	21



II.	Prise en charge de la perte. . . . .	47–149	22
A.	Analyse sectorielle et régionale . . . . .	47–113	22
1.	Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (1969), Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (1971) et Protocoles à ces deux Conventions (1992) . . .	47–61	22
2.	Convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (1996) et Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute (2001) . . . . .	62–65	29
3.	Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin (1977) . . . . .	66–67	29
4.	Règlement de 2000 relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques. . . . .	68–69	30
5.	Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux (1999) . . . . .	70–80	31
6.	Dommages nucléaires et responsabilité. . . . .	81–91	34
7.	Convention de Laguno en matière d'activités dangereuses (1993) . . . . .	92–95	37
8.	Responsabilité et indemnisation : le modèle des Communautés européennes . . . . .	96–106	39
9.	Dommages causés par des objets spatiaux . . . . .	107–110	43
10.	Activités dans l'Antarctique. . . . .	111–113	44
B.	Modèles de répartition de la prise en charge des pertes : quelques traits communs . . . . .	114–121	45
C.	Éléments de responsabilité civile. . . . .	122–149	48
1.	Le problème du lien causal. . . . .	125–126	49
2.	Respect de l'obligation de prudence . . . . .	127–129	50
3.	Définition du dommage et de l'indemnisation . . . . .	130–138	51
4.	Qualité pour agir . . . . .	139–140	54
5.	Compétence . . . . .	141–149	55
III.	Conclusions et arguments en présence. . . . .	150–153	57

## Introduction

1. La Commission du droit international est saisie du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international depuis 1978<sup>1</sup>. La Commission a pu, en 2001, achever l'élaboration d'un projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses. Lorsqu'elle a examiné ce projet d'articles, l'Assemblée générale des Nations Unies a estimé que pour s'acquitter pleinement de son mandat sur le sujet, la Commission devait poursuivre ses travaux<sup>2</sup>. En 2002, un groupe de travail de la Commission a examiné la question de manière assez approfondie et fait des recommandations préliminaires sur la manière de poursuivre les travaux. Il a en particulier noté que, pour que les travaux soient productifs, la Commission devrait au stade actuel mettre au point une formule de prise en charge de la perte<sup>3</sup>.

2. Les travaux de la Commission sur la responsabilité n'ont pas progressé rapidement pour diverses raisons. Tout d'abord, le sujet de la responsabilité internationale ne se prête pas aisément, en lui-même, à une codification ou à un développement progressif. L'expérience a de plus montré que les États n'étaient pas attirés par les régimes de responsabilité mondiaux et complets<sup>4</sup>. En outre, les possibilités d'obtenir réparation par le biais de la responsabilité civile sont limitées<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> La question a pour la première fois été évoquée à la Commission en 1973 et a été inscrite au programme de travail en 1977. Voir *Annuaire ... 1973*, vol. II, document A/9010/Rev. 1, par. 38 et 39, et résolution 32/151 de l'Assemblée générale, en date du 19 décembre 1977, dans laquelle l'Assemblée invitait la Commission à commencer, le moment venu, des travaux sur le sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

<sup>2</sup> Résolution 56/82 de l'Assemblée générale.

<sup>3</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément No 10* (A/57/10), par. 430 à 457.

<sup>4</sup> La Convention de Lugano sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement adoptée en 1993 sous les auspices du Conseil de l'Europe, qui est le seul régime horizontal de protection de l'environnement international, n'est pas encore entrée en vigueur. Pour le texte, voir 32 *ILM* (1993) 1228. Les difficultés qu'il y a à concilier ses dispositions avec les législations internes et les travaux en cours au sein de la Commission européenne sur la question générale de la responsabilité et de l'indemnisation des dommages environnementaux expliqueraient cet état de choses. Voir Louise de La Fayette, « The Concept of Environmental Damage in International Law », dans Michael Bowman et Alan Boyle, *Environmental Damage in International and Comparative Law : Problems of Definition and Valuation*, 2002, Oxford, p. 163 (note 50). Selon une opinion, il n'est guère probable que cette convention entre en vigueur dans un proche avenir. Voir la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux, Communautés européennes, document COM (2002) 17 final, 2002/0021 (COD), Bruxelles, 23.1.2002, p. 32. Journal officiel C 151 E, 25/06/2002 P.0132-0145, p. 17, note 46 (ci-après « la Proposition »). Plus généralement, sur l'opinion selon laquelle les régimes mondiaux de responsabilité ont moins de chance de succès, voir A. Cassese, *Intertional Law*, 2001, Oxford, p. 379 à 393.

<sup>5</sup> Brian Jones a fait observer que « dans notre zèle louable et compréhensible de protéger l'environnement, nous risquons fort de perdre de vue le fait que les règles de la responsabilité civile ne sont qu'un des éléments du ... tableau plus général de la responsabilité environnementale; et nous risquons ainsi d'attribuer aux règles de la responsabilité civile des fonctions pour lesquelles elles ne sont pas bien adaptées ». Pour l'auteur, les autres éléments sont la responsabilité pénale, la responsabilité d'indemniser les organes de l'État pour les dépenses qu'ils ont encourues pour prévenir un dommage potentiel ou réparer un dommage

Les notions de préjudice et de dommage ne sont pas uniformément définies et appréciées dans le droit et la pratique des États. De plus, il n'est pas facile, quel que soit le système de droit, d'établir une relation de cause à effet ou de prouver une carence ou une faute, ou les deux, dans l'exécution d'une obligation de prudence, comme le requiert le droit s'agissant d'un comportement fautif. Il est admis que les questions touchant l'instance judiciaire compétente, le droit applicable, et la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires étrangères sont techniquement complexes<sup>6</sup>.

3. Il y a aussi d'autres raisons. La responsabilité (*liability*) de l'État et la responsabilité sans faute ne sont pas largement acceptées au niveau international, pas plus que la responsabilité du chef d'activités exécutées à l'intérieur du territoire de l'État et dans lesquelles aucun fonctionnaire ou agent de l'État n'intervient. La non-exécution de l'obligation de diligence imposée aux personnes privées n'est pas aisément imputable à l'État en tant que comportement fautif engageant sa responsabilité. Les négociations internationales lors desquelles l'on a tenté d'instaurer telle ou telle forme de responsabilité (*liability*) de l'État, s'agissant par exemple du transport international de déchets dangereux ou de l'Antarctique n'ont pas abouti malgré des années d'efforts intenses<sup>7</sup>. La jurisprudence sur le sujet est rare et la base sur laquelle certaines demandes en indemnisation entre États ont finalement été réglées est susceptible d'interprétations différentes. Elle ne milite pas vraiment en faveur de la responsabilité de l'État. Le rôle du droit international coutumier est à cet égard également modeste<sup>8</sup>.

4. Il échet d'examiner comment certains de ces problèmes et questions ont été abordés par la Commission durant les phases antérieures de ses travaux sur le sujet, ceci afin de placer ces questions et problèmes dans la perspective qui est la leur aux

---

effectif, et la responsabilité de contribuer à des solutions conjointes. Voir Brian Jones, « Detering, Compensating, and Remediating Environmental Damage: the Contribution of Tort Liability », dans Peter Wetterstein (dir. publ.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and the Assessment of Damages*, 1997, Oxford, p. 12. Dans le même esprit, Lucas Bergkamp a noté ce qui suit : « Les sociétés modernes attendent beaucoup de la responsabilité : elle indemniserait les victimes, assurerait la remise en état de l'environnement, dissuaderait les pollueurs, garantirait une assurance, ajusterait les activités à leur niveau optimum, administrerait une justice réparatrice et distributive et remédierait aux problèmes et carences de l'État en matière de réglementation et de police. Or, étant donné les contraintes conceptuelles et constitutionnelles qui sont les siennes, le système de responsabilité ne peut réaliser ces objectifs sociétaux ». Voir Lucas Bergkamp, *Liability and Environment: Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*, 2001, Kluwer, p. 366.

<sup>6</sup> Voir ci-après pour un examen de cet aspect de la question.

<sup>7</sup> Voir ci-après pour un examen de cette question.

<sup>8</sup> Ian Brownlie, « A Survey of International Customary Rules of Environmental Protection », *13 Natural Resources Journal* (1973), p. 179 à 189. En ce qui concerne l'argument selon lequel la jurisprudence, les traités et la pratique des États n'apportent pas d'éléments concluants à l'appui de la responsabilité sans faute ou absolue de l'État, voir aussi Alan E. Boyle (Nuclear Energy and International Law: An Environmental Perspective », *British Yearbook of International Law*, vol. 60 (1990), p. 292 à 296. Goldie et Schneider considèrent que la responsabilité sans faute est un principe du droit international, et Jenks estime que la responsabilité objective est justifiée dans le cas des activités extrêmement dangereuses. D'autre part, Dupuy, Handl, Smith et Hardy arguent en faveur d'une responsabilité sans faute ou absolue pour les activités extrêmement dangereuses et estiment, s'agissant des autres activités, que seul le manquement aux obligations de diligence devrait engager la responsabilité. Pour un résumé de ces positions, voir Boyle, op. cit., p. 291 à 294 (note 246). Voir également ci-après, note 49.

fins de la présente entreprise. Nous allons examiner certaines formules récentes et bien connues de prise en charge de la perte qui ont été négociées et convenues en ce qui concerne certaines régions du monde ou certains dommages particuliers, ceci afin de mettre en lumière la formule de prise en charge de la perte que la Commission pourra souhaiter recommander. De plus, comme plusieurs formules de prise en charge de la perte ont fait appel à la responsabilité civile, nous allons brièvement examiner les éléments de ce système afin de voir s'il serait possible d'incorporer certains d'entre eux dans la formule de prise en charge de la perte qui sera retenue.

## **I. La Commission du droit international et la responsabilité internationale**

5. Le sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international a été inscrit à l'ordre du jour de la Commission en 1978<sup>9</sup>. C'était une conséquence logique d'une opinion exprimée par la Commission, à savoir « [qu'elle reconnaissait] l'importance non seulement des questions relatives à la responsabilité pour faits internationalement illicites, mais encore des questions relatives à l'obligation de réparer tout dommage résultant de certaines activités licites, en particulier celles qui, de par leur nature, comportent certains risques. Cette dernière catégorie de questions ne saurait être traitée en même temps que la première<sup>10</sup> ». M. Roberto Ago, Rapporteur spécial pour le sujet de la responsabilité des États, a indiqué que la nature des questions relevant de cette dernière catégorie tirait son fondement juridique de la « responsabilité pour risque<sup>11</sup> ».

### **A. Les travaux de MM. Quentin-Baxter et Barboza, Rapporteurs spéciaux**

#### **1. Approche de Quentin-Baxter : anticipations communes et régime négocié**

6. M. Robert Q. Quentin-Baxter a été le premier Rapporteur spécial pour le sujet de la responsabilité (*liability*) internationale et il a été nommé en 1978. Pour lui, le premier objectif du projet d'articles sur le sujet était « de favoriser l'établissement de régimes juridiques qui, sans recourir à l'interdiction, [régleraient] l'exercice de toute activité perçue comme comportant des dangers importants, actuels ou éventuels, et ayant des effets transnationaux<sup>12</sup> ». Pour lui, le terme de « responsabilité » (*liability*) était utilisé au sens « ce qui est dû, une obligation (par

<sup>9</sup> Avant cela, l'Assemblée générale des Nations Unies avait, en 1973, déclaré qu'il était souhaitable d'étudier les conséquences préjudiciables d'activités qui n'étaient pas considérées comme illicites. Cette question a été soulevée en raison de la décision prise par la Commission en 1970 de limiter l'étude du sujet à la responsabilité de l'État à raison de la violation d'une obligation internationale, et ainsi à l'origine et aux conséquences du comportement illicite des États.

<sup>10</sup> *Annuaire ... 1977*, vol. II (Deuxième partie), document A/32/10, par. 17.

<sup>11</sup> Deuxième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire ... 1970*, vol. II, p. 178, document A/CN.4/233, par. 6.

<sup>12</sup> Rapport préliminaire, *Annuaire ... 1980*, vol. II (Première partie) p. 243, document A/CN.4/334 et Add.1 et 2, p. 246, par. 9.

opposition à un droit<sup>13</sup>) », et, en conséquence, ne désignait pas seulement les conséquences d'une obligation mais l'obligation elle-même, laquelle, comme la notion de *responsibility*, englobait les conséquences qui en découlaient. Ainsi conçu, le sujet concernait des obligations primaires de l'État et supposait que l'on admette l'existence et la conciliation d'« intérêts légitimes et de facteurs multiples<sup>14</sup> ». Il fallait donc, aux fins de cette entreprise, élaborer non seulement des principes de prévention dans le cadre d'une obligation de prudence raisonnable, mais aussi prévoir un régime d'indemnisation adéquat et accepté en application de principes d'équité. Il concevait l'ensemble du régime comme un régime d'« anticipations communes<sup>15</sup> » avec des « choix illimités » pour les États<sup>16</sup>.

7. Quentin-Baxter a présenté cinq rapports. C'est durant cette période qu'il a explicité sa conception du sujet sous forme d'une « ébauche de plan<sup>17</sup> ». Le principal objectif de cette ébauche de plan était, selon lui, « de constater et d'encourager la pratique croissante des États de régler ces questions à l'avance de telle sorte que des règles précises d'interdiction, adaptées aux exigences des situations particulières – y compris le cas échéant, des règles précises de responsabilité objective<sup>18</sup> – se substitueront aux obligations générales qui forment la matière du sujet à l'examen<sup>19</sup> ».

8. Il proposait, pour mettre en balance les multiples intérêts en jeu, une procédure en trois étapes entre l'« État d'origine » et un « État victime ». Premièrement, l'État victime devait avoir le droit de se faire communiquer toutes les informations pertinentes et disponibles. Deuxièmement, cet État « peut proposer à l'État auteur qu'une enquête soit entreprise ». Enfin, les États concernés étaient invités à régler leurs différends par la négociation. Quant à la signification juridique de ces démarches procédurales, Quentin-Baxter estimait que le fait « de ne pas prendre

<sup>13</sup> Ibid., par. 12.

<sup>14</sup> Ibid., par. 38.

<sup>15</sup> Les « anticipations communes » sont celles qui a) « ont été exprimées dans la correspondance ou dans d'autres échanges entre les États concernés, ou, si nulle prévision n'a été exprimée de la sorte, b) [celles qui] peuvent être déduites de normes communes, législatives ou autres ou de modes de comportement communs normalement observés par les États concernés ou dans tout groupement régional ou autre auquel ils appartiennent ou parmi la communauté internationale ». Ébauche de plan, sect. 4, par. 4. Sur la nature des « anticipations communes », Quentin-Baxter expliquait qu'« elles sont dans une certaine mesure sources de droit ». « On le voit par exemple à travers l'application du principe de la bonne foi, à travers l'*estoppel* ou à travers ce que l'on a coutume d'appeler dans certains systèmes juridiques la théorie du comportement raisonnable ». Deuxième rapport sur le sujet de la responsabilité internationale, *Annuaire ... 1986*, vol. II (Première partie), document A/CN.4/402, par. 22.

<sup>16</sup> Rapport préliminaire, *Annuaire ... 1980*, vol. II, (Première partie), document A/CN.4/334 et Add.1 et 2, par. 48.

<sup>17</sup> Pour le texte de cette ébauche de plan, voir le troisième rapport, *Annuaire ... 1982*, vol. II (Première partie), p. 62, document A/CN.4/360, par. 53.

<sup>18</sup> Sur la possibilité d'une responsabilité objective, Quentin-Baxter a noté : « Au stade ultime, une fois épuisées toutes les possibilités d'établir un régime – ou encore quand il s'est produit une perte ou un dommage que nul n'avait prévu – il existe une obligation, qui relève de la responsabilité objective – de réparer le préjudice ». Voir son troisième rapport, *Annuaire ... 1982*, vol. II (Première partie), document A/CN.4/360, par. 41. Il estimait toutefois qu'il fallait atténuer les rigueurs de la responsabilité sans faute pour la rendre plus acceptable. Voir son deuxième rapport, *Annuaire ... 1981*, vol. II (Première partie), document A/CN.4/346, Add.1 et 2, p. 123, par. 92.

<sup>19</sup> Quatrième rapport, *Annuaire ... 1983*, vol. II (Première partie), p. 216, document A/CN.4/373, p. 216, par. 50.

l'une des mesures prévues par les règles [en cause] ne donne pas naissance par lui-même à un droit d'action ». En outre, sur la question de la réparation, il proposait qu'elle soit réglée par la négociation sur la base d'une série de facteurs à prendre en considération pour équilibrer les intérêts en cause. En l'absence d'accord l'État d'origine, selon Quentin-Baxter, n'en demeurait pas moins tenu de réparer le préjudice de l'État victime conformément à leurs anticipations communes.

9. La réaction de l'Assemblée générale à l'ébauche de plan a été dans l'ensemble positive. On a néanmoins noté que cette ébauche devait être renforcée afin de mieux garantir que les obligations envisagées seraient exécutées. Certaines délégations ont également déclaré qu'il était préférable de séparer les questions de prévention de la responsabilité proprement dite et d'autres ont exprimé des doutes quant à l'intérêt ou la viabilité du sujet même<sup>20</sup>.

## 2. Traitement de la responsabilité (*liability*) par Barboza

### a) Place et valeur des obligations procédurales

10. M. Julio Barboza a été nommé Rapporteur spécial en 1985 et a dans l'ensemble suivi la voie esquissée par Quentin-Baxter. Dans les 12 rapports qu'il a présentés, il a développé le sujet en ajoutant des dispositions sur le champ d'application et les obligations de prévention et de notification<sup>21</sup>. L'un des inconvénients de l'ébauche de plan de Quentin-Baxter était, ainsi qu'on l'a relevé ci-dessus, qu'elle ne contenait pas d'éléments propres à garantir la mise en oeuvre du régime<sup>22</sup>. Barboza proposait que le fait de ne pas satisfaire aux prescriptions procédurales de prévention ait certaines conséquences procédurales négatives pour l'État auteur ou État d'origine. S'agissant du paragraphe 4 de la section 5 de l'ébauche de plan, il notait que « l'État victime peut recourir largement aux moyens de preuve offerts par les faits et circonstances pour établir si l'activité cause ou peut causer des pertes ou dommages ». De plus, par l'effet des obligations de diligence, l'État auteur devait en permanence garder à l'examen l'activité en question, outre qu'il était tenu de réparer tout dommage causé. Dans l'ensemble, le mécanisme de mise en oeuvre des obligations procédurales de prévention proposé par Barboza reposait lui aussi, dans une large mesure, sur la réparation et la responsabilité, lesquelles n'intervenaient qu'une fois le dommage causé. En cas de dommage, le fait de n'avoir pas satisfait aux prescriptions procédurales de prévention aggraverait la situation de l'État auteur quant à la forme et quant au fond<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Ibid., par. 10.

<sup>21</sup> En ce qui concerne le champ d'application et les obligations de prévention et de notification, Barboza a identifié au moins six éléments : l'autorisation préalable, l'évaluation du risque, l'information et la notification, les consultations, les mesures unilatérales de prévention et la norme de diligence. Pour un résumé, voir P. S. Rao, Premier rapport sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, document A/CN.4/487, p. 21 et 22, par. 55.

<sup>22</sup> Pour une analyse de ce point, voir Christian Tomuschat, « International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law: the Work of the International Law Commission », dans Francesco Francioni et Tullio Scovazzi (dir. publ.), *International Responsibility for Environmental Harm*, 1991, Londres, p. 50.

<sup>23</sup> Voir P. S. Rao, Premier rapport sur la prévention, *supra*, note 21, p. 19, par. 53.

**b) Régime de responsabilité négocié : une option importante**

11. De plus, sur la question de la responsabilité, Barboza, comme Quentin-Baxter, estimait que la question de l'indemnisation devait être réglée entre les États concernés par la négociation<sup>24</sup>. L'article 22 du projet établi en 1996 par le Groupe de travail de la Commission du droit international contenait une liste de facteurs que les États concernés pouvaient prendre en considération pour parvenir à un accord<sup>25</sup>. Mais l'article 20 prévoyait aussi le recours aux tribunaux, auquel la négociation de l'indemnisation n'était pas nécessairement préférable. Le commentaire de l'article 21 envisageait des situations dans lesquelles un tel recours aux tribunaux internes pouvait n'être pas nécessaire (si il y a simultanément des réclamations de l'État et de victimes privées) ou difficile (problèmes de conflit de lois, éloignement des juridictions compétentes, ignorance du droit applicable ou impécuniosité des victimes) ou inefficace (cas où les nationaux eux-mêmes n'ont pas de recours pour obtenir réparation du préjudice en cause), auxquels cas la négociation serait la seule solution ou la solution la plus appropriée<sup>26</sup>.

**c) Facteurs à prendre en considération dans les négociations**

12. La liste des facteurs figurant à l'article 22 n'était pas exhaustive et ne visait qu'à aider les parties à parvenir à des solutions justes et équitables compte dûment tenu de tous les facteurs pertinents. On a dit qu'une liste de facteurs, en l'absence de tierces parties pour régler les différends susceptibles de s'élever entre les États concernés, risquait de désavantager le plus faible des deux et de porter atteinte à la certitude du droit<sup>27</sup>. Néanmoins, à titre d'indication<sup>28</sup>, le Groupe de travail notait que le défaut de prudence et de souci de la sécurité et des intérêts d'autres États aggraverait la responsabilité de l'État d'origine et accroîtrait l'indemnisation due par lui. Il en serait particulièrement ainsi lorsque cet État avait connaissance du risque que posait l'activité pour les autres États, et avait les moyens de l'écarter ou de l'atténuer. Par contre, sa responsabilité et l'indemnisation pouvaient être moindres si l'État d'origine avait pris toutes les mesures préventives que son obligation de diligence mettait à sa charge. De même, sa responsabilité serait également moindre si le dommage était inévitable ou imprévisible, et s'il avait participé et coopéré à toutes les mesures possibles de réduction des conséquences dommageables et de remise en état après l'intervention du dommage, il en serait tenu dûment compte. De même, la part des profits de l'activité qui revenait à l'État affecté, la capacité de cet État d'atténuer les effets du dommage et la rapidité avec laquelle il avait pris les mesures nécessaires en réaction à celui-ci pouvaient être des facteurs à prendre en considération pour fixer le montant de l'indemnisation. Les normes de prudence en vigueur dans l'État affecté pour l'activité en question et la mesure dans laquelle ce type de dommage était indemnisé dans cet État pouvaient

<sup>24</sup> Pour les commentaires de Christian Tomuschat, voir *supra*, note 22, p. 51.

<sup>25</sup> *Annuaire ... 1996*, vol. II (Deuxième partie), document A/51/10, annexe I.

<sup>26</sup> *Ibid.*, commentaire de l'article 21. Incidemment, certaines de ces raisons expliquent pourquoi les États n'ont pas formulé de réclamations dans le cas de l'accident de Tchernobyl. Voir Alan E. Boyle, *supra*, note 8, p. 296.

<sup>27</sup> Voir Tomuschat, *supra*, note 22, p. 50. Alan Boyle, « Codification of International Environmental Law and the International Law Commission: Injurious Consequences Revisited », dans Alan Boyle et David Freestone, *International Law and Sustainable Development*, 1999, Oxford, p. 78.

<sup>28</sup> Commentaire de l'article 22, *supra*, note 25.

aussi être prises en considération pour déterminer la responsabilité et calculer l'indemnisation.

**d) L'indemnisation : elle n'a pas à être intégrale et complète**

13. De telles négociations sur la réparation ou l'indemnisation devraient viser un règlement équitable, eu égard au « principe selon lequel la victime du dommage ne doit pas avoir à supporter la totalité du préjudice ». En d'autres termes, l'indemnisation ou autre réparation ne devait pas nécessairement être intégrale et complète<sup>29</sup>.

14. L'article 5 du projet élaboré en 1996 par le Groupe de travail de la Commission consacrait ce principe et disposait qu'une responsabilité découle d'un dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'article premier et donne lieu à indemnisation ou à une autre forme de réparation « conformément aux présents articles ».

**B. Régime international de responsabilité : questions en suspens**

15. La plupart des points ainsi notés et incorporés dans les propositions de 1996 du Groupe de travail étaient généralement acceptables. Mais des divergences de vues se sont fait jour sur au moins quatre importants aspects de la question, à savoir : a) la responsabilité (*liability*) de l'État, b) la portée des activités, c) le seuil du dommage et d) le lien entre la prévention et la responsabilité.

**1. La responsabilité de l'État**

16. La Commission a fait fond sur la responsabilité (*liability*) de l'État pour faire avancer les questions de responsabilité et d'indemnisation pour plusieurs raisons. Premièrement, comme on l'a noté ci-dessus, la Commission en est venue à examiner l'ensemble de la question comme suite à ses travaux sur la responsabilité (*responsibility*) des États. Deuxièmement, on a estimé que le principe *sic utere tuo* constituait un fondement adéquat pour élaborer un principe de la responsabilité (*liability*) de l'État. Troisièmement, on a également estimé qu'une telle approche servirait mieux les intérêts des victimes innocentes qui n'auraient pas les moyens de se pourvoir devant une juridiction étrangère éloignée, et parfois inconnue, de l'État d'origine pour exercer les recours nécessaires et obtenir réparation. Quatrièmement, pour des raisons de principe, il fallait encourager les États à prendre l'obligation *sic utere tuo* plus sérieusement. Pour Barboza, il y avait suffisamment de traités et d'autres formes de la pratique des États pour servir de base conceptuelle appropriée au sujet. Il estimait, comme certains membres, que le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* fournissait un fondement théorique suffisant pour le développement du sujet<sup>30</sup>. Il ajoutait que, même si l'on ne pouvait nier l'utilité des recours existant en droit interne en cas de dommage transfrontière, ces recours ne

<sup>29</sup> Commentaire de l'article 21, *supra*, note 25. Voir également le second rapport de Barboza, dans lequel il notait : « Il semble donc que les négociations engagées peuvent aboutir à une réparation dont le montant varierait entre autres selon la nature du dommage, celle de l'activité qui l'a causée ou des mesures de prévention adoptées. Il ne serait peut-être pas inconcevable que les parties conviennent que la réparation ne doit pas avoir lieu en raison d'une exception qui l'exclut par principe », *supra*, note 15, p. 154, par. 20.

<sup>30</sup> Voir *Annuaire... 1987*, vol. II (Deuxième partie), p. 44, par. 143.

garantissaient pas l'indemnisation prompte et effective des victimes innocentes qui, après avoir subi de graves dommages, devraient poursuivre des entités étrangères devant les tribunaux d'autres États. En outre, à eux seuls, les recours de droit privé n'encourageraient pas l'État à prendre des mesures de prévention concernant les activités menées sur son territoire pouvant avoir des conséquences transfrontières préjudiciables<sup>31</sup>.

17. On a dit que la séparation de la responsabilité (*liability*) de l'État pour les conséquences préjudiciables d'activités licites – au sens où elles ne sont pas interdites – de la responsabilité (*liability*) de l'État pour des activités illicites était critiquable, induisait en erreur et prêtait à confusion<sup>32</sup>. Pour certains, une telle distinction donnait à penser qu'il y avait en droit international des activités licites par opposition à « illicites » ainsi que des activités interdites par opposition à « non interdites », alors qu'en fait très peu d'activités étaient interdites. En droit, l'accent était toujours mis sur les conséquences prohibées d'actes ou d'activités. En outre, on a dit qu'une distinction globale de ce type n'était ni nécessaire ni utile au développement progressif du droit de la responsabilité et de l'indemnisation pour les dommages transfrontières. On a aussi fait observer que, outre les autres normes qui pourraient être élaborées, la responsabilité (*responsibility*) pouvait continuer d'être un fondement de la responsabilité (*liability*) de l'État pour les conséquences des activités extrêmement dangereuses<sup>33</sup>.

18. Pour certains, en l'absence de normes internationales établies et scientifiquement fondées permettant de déterminer les conséquences préjudiciables transfrontières dans différents domaines, la formulation de principes généraux pouvait contribuer à faire naître des différends, dont le règlement serait difficile en raison même de l'absence de telles normes. On craignait qu'une telle tentative n'aboutisse à instituer la responsabilité absolue pour n'importe quelle activité, ce qui ne serait pas acceptable pour les États<sup>34</sup>. En réponse à ces préoccupations, Barboza décida de présenter un nouveau régime associant la responsabilité civile à

<sup>31</sup> Ibid., p. 49, par. 181.

<sup>32</sup> Voir Ian Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, partie I (1983), p. 50. Alan E. Boyle « State Responsibility and International Liability for Injurious Consequences of Acts not Prohibited by International Law: A Necessary Distinction? » *39 ICLQ*, (1990) 1-25. M. B. Akehurst, « International Liability of Injurious Consequences Arising out of Acts not Prohibited by International Law », *XVI Netherlands Yearbook of International Law* (1985) 3-16. Pour une opinion plus favorable, voir D. B. Magraw, « Transboundary Harm: The International Law Commission Study of International Liability », *80 AJIL* (1986), 305 à 330. D'autres auteurs ont justifié la distinction aux fins de l'étude du sujet. Pour une discussion sur ce point et d'autres citations, voir P. S. Rao, Troisième rapport sur la prévention, A/CN.4/510.

<sup>33</sup> Pour un examen de ce point, voir P. S. Rao, Troisième rapport, par. 27 à 30.

<sup>34</sup> Ibid., par. 138 à 139. Tomuschat a écrit dans le même sens : « Cette approche globale risque de ne pas aboutir à des résultats constructifs. Premièrement, il est difficilement concevable que les États soient prêts à accepter que leur responsabilité soit engagée pour tout dommage subi par un autre État sous la forme de conséquences physiques de n'importe quel type d'activités menées sur leur territoire ou sous leur contrôle. En souscrivant à un tel engagement, les États accepteraient un risque incontrôlable ... un régime juridique ayant des conséquences imprévisibles et de lourdes implications financières est (inacceptable pour les États dans le cadre du développement progressif et de ce fait) une toute autre affaire. Aucun gouvernement responsable ne pourrait s'engager dans une telle aventure. » Voir Tomuschat, *supra*, note 22, p. 55.

la responsabilité (*liability*) de l'État<sup>35</sup>. Il expliquait que pour « tempérer cette situation à la fois draconienne et sans précédent<sup>36</sup> », il proposait d'établir la primauté de la responsabilité civile et de compléter celle-ci avec la responsabilité de l'État, ou de substituer l'État aux parties privées responsables si celles-ci ne pouvaient être identifiées ou retrouvées<sup>37</sup>. Plusieurs membres de la Commission ont réagi favorablement à cette nouvelle proposition visant à donner la priorité à la responsabilité civile et à attribuer une responsabilité résiduelle à l'État. Aucun accord n'a pu néanmoins être trouvé sur les conditions dans lesquelles cette responsabilité résiduelle pourrait être invoquée<sup>38</sup>.

19. On notera que pour la Commission la responsabilité de l'État s'entend de la responsabilité de l'État sur le territoire duquel l'activité dangereuse est menée. La notion de « contrôle » et le critère selon lequel l'État d'origine « sait ou possède les moyens de savoir » consacré à l'article 3 proposé par Barboza dans ses quatrième et cinquième rapports n'ont pas affecté cette orientation<sup>39</sup>. Tant au sein de la Commission que chez certains auteurs, on a fait observer qu'elle était trop limitée et ne ferait pas justice aux intérêts et situations particuliers des pays en développement. Certains craignaient que les entreprises multinationales n'aient pas l'obligation de notifier aux pays en développement tous les risques qu'impliquait l'exploitation de technologies dangereuses. De plus, ces entreprises n'étaient pas obligées vis-à-vis de ces pays de gérer ces activités moyennant les mêmes normes

<sup>35</sup> Articles 21 et 28 figurant dans le sixième rapport de Barboza, *Annuaire... 1990*, vol. II (Première partie), document A/CN.4/428 et Add.1, chap. IV et V, p. 94 à 100.

<sup>36</sup> Septième rapport de Barboza, *Annuaire... 1991*, vol. II (Première partie), document A/CN.4/437, p. 87, par. 48.

<sup>37</sup> *Ibid.*, par. 50.

<sup>38</sup> La question de la responsabilité objective de l'État a été en particulier examinée à la quarante-troisième session de la Commission du droit international, en 1991. Voir compte rendu analytique de la 2225e séance, 18 juin 1991, *Annuaire... 1991*, vol. I. Plusieurs membres qui ont pris la parole sur le sujet ont exprimé des doutes quant à la manière dont cette obligation serait reçue en droit international. De même, ils doutaient que les États l'acceptent, même dans le cadre du développement progressif du droit international. La plupart prônaient la responsabilité civile primaire de l'exploitant et la responsabilité résiduelle de l'État dans certaines conditions (sans pouvoir se mettre d'accord sur ces conditions). Voir les opinions exprimées par Jacovides (*ibid.*, 2222e séance, par. 6), Mahiou (*ibid.*, par. 18), Francis (2223e séance, par. 10), Calero Rodriguez (*ibid.*, par. 25), Pellet (*ibid.*, par. 41), Bennouna (*ibid.*, 2224e séance, par. 5), Tomuschat (*ibid.*, par. 12), Njenga (*ibid.*, par. 26), Graefrath (*ibid.*, par. 31), Ogiso (*ibid.*, 2225e séance, par. 15), Shi (*ibid.*, par. 27), Rao (*ibid.*, par. 32 et 34), Pawlak (*ibid.*, 2226e séance, par. 4) et McCaffrey (*ibid.*, 2227e séance, par. 7). Arangio-Ruiz distinguait trois types de dommages : activités à risques ou dangereuses, responsabilité de l'exploitant uniquement en cas de non-exécution des obligations de diligence; activités extrêmement dangereuses, responsabilité objective de l'exploitant; et lorsque l'auteur du dommage ne peut être identifié, responsabilité de l'État (*ibid.*, par. 14 à 17). Barsegov privilégiait la responsabilité civile de l'exploitant, plaçant la responsabilité (*liability*) de l'État dans le cadre de la responsabilité (*responsibility*) de l'État (*ibid.*, 2226e séance, par. 40). Al-Khasawneh n'avait pas d'opinion bien arrêtée sur ce point (*ibid.*, par. 21), Hayes préférait que l'on laisse le choix à l'État (*ibid.*, 2225e séance, par. 64), Thiam ne s'opposait pas à ce que la responsabilité de l'État soit résiduelle (*ibid.*, par. 50) et Koroma préférait la responsabilité de l'État (*ibid.*, 2222e séance, par. 31). Résumant le débat, Barboza a relevé que la Commission convenait pratiquement que la responsabilité civile devait être prioritaire et la responsabilité de l'État résiduelle (*ibid.*, 2228e séance, par. 25).

<sup>39</sup> Voir, par exemple, les articles 1 et 3 proposés par Barboza dans ses quatrième et cinquième rapports. À l'époque ou le douzième rapport a été présenté, ces articles avaient été placés entre crochets. Voir A/CN.4/475/Add.1.

de sûreté et de responsabilité qui étaient applicables dans le pays de leur nationalité. En outre, les pays en développement ne connaissaient pas les risques que comportaient les activités et n'avaient pas les moyens, leurs ressources étant limitées, de surveiller les activités dangereuses menées sur leur territoire. On arguait donc que dans ces conditions, une obligation de veiller à ce que ces exportations de technologies dangereuses vers les pays en développement soient conformes aux normes internationales devait être mise à la charge de l'État de la nationalité de l'entreprise multinationale en cause. De surcroît, on a souligné que cet État devait aussi accepter de prendre en charge une part des pertes résultant de tout accident causant un dommage transfrontière<sup>40</sup>. Mais cet aspect de la question n'a pas trouvé beaucoup d'écho dans les débats de la Commission, et le Groupe de travail de 1996 ne l'a pas abordé<sup>41</sup>.

## 2. Responsabilité objective ou absolue : fondement juridique nécessaire d'un régime international?

20. Quentin-Baxter ne faisait qu'entrevoir la responsabilité objective en tant qu'option ou possibilité mais, en fait, mettait l'accent sur les négociations entre l'État d'origine et le ou les États affectés s'agissant d'équilibrer les intérêts des uns et des autres pour parvenir à un règlement sur la responsabilité et l'indemnisation<sup>42</sup>. Barboza a initialement étudié la possibilité de développer plus complètement l'option de la responsabilité objective mais a finalement préféré que ces problèmes, ainsi que les demandes pouvant être formulées au titre de la responsabilité civile de l'exploitant et d'autres, soient portés devant les tribunaux nationaux. Faisant sienne cette approche, le Groupe de travail de la Commission a noté en 1996 que les articles sur l'indemnisation ou autre réparation qu'il recommandait « ne suiv[ai]ent pas le principe de la responsabilité "objective" ou "absolue" telle qu'elle [était] couramment dénommée<sup>43</sup> ». Il ajoutait :

« Comme en droit interne, le principe de la justice et de l'équité ainsi que d'autres règles d'intérêt social veulent que quiconque a subi un dommage causé par les activités d'autrui soit indemnisé... Ainsi, le chapitre III prévoit

<sup>40</sup> Pour les vues de Shi (sur les difficultés auxquelles étaient confrontés les pays en développement), Rao et Pawlak (sur la nécessité de mettre en place une responsabilité des entreprises multinationales), telles qu'exprimées devant la Commission, voir compte rendu analytique de la 2225<sup>e</sup> séance, 18 juin 1991, *Annuaire... 1991*, vol. I, p. 117, par. 29, p. 118, par. 3 et p. 122, par. 5. Voir aussi Francesco Francioni, « Exporting Environmental Hazard through Multinational Enterprises : Can the State of Origin be Held Responsible? » dans Francesco Francioni et Tullio Scovazzi (dir. publ.), *supra*, note 22, p. 275 à 298.

<sup>41</sup> Pour le rapport du Groupe de travail de 1996, voir *supra*, note 25.

<sup>42</sup> Barboza a bien expliqué cela de la manière suivante : « quant à la responsabilité "objective", les rapports antérieurs consacrent une énergie considérable, tout d'abord comme on l'a vu, pour en atténuer les effets et ensuite, pour ne la considérer que comme l'un des divers éléments du fondement juridique de la réparation éventuellement accordée en cas de préjudice en l'absence de régime conventionnel préexistant... Ce deuxième point d'appui serait constitué, selon le cas, par la nature "quasi" contractuelle des anticipations communes... Le précédent Rapporteur spécial souligne, en effet, dans son troisième rapport : "Au stade ultime, une fois épuisées toutes les possibilités d'établir un régime – ou encore quand il s'est produit une perte ou un dommage que nul n'avait prévu – il existe une obligation, qui relève de la responsabilité objective, de réparer le préjudice..." ». Deuxième rapport, *Annuaire... 1986*, vol. II (Première partie), document A/CN.4/402, p. 160, par. 46 et 47.

<sup>43</sup> Rapport du Groupe de travail, 1996, *supra*, note 25, chap. III, Indemnisation ou autres réparations, par. 1 du commentaire général.

deux procédures permettant aux parties lésées de demander réparation : celles-ci peuvent faire valoir leurs droits soit devant les tribunaux de l'État d'origine, soit par la voie de négociations entre l'État d'origine et l'État ou les États affectés. Ces deux procédures sont naturellement sans préjudice de tout autre arrangement dont les parties pourraient avoir convenu ou de l'exercice de leurs compétences par les tribunaux des États où le préjudice s'est produit. Cette compétence peut découler des principes applicables du droit international privé : si tel est le cas, elle n'est pas touchée par les présents articles<sup>44</sup>. »

21. Cette démarche de 1996, qui sépare le problème de responsabilité et de l'indemnisation tant de celui de la responsabilité civile que du droit international privé, n'est pas sans mérite. En tentant de réunir les États concernés, elle permettait de régler rapidement les questions touchant la réparation et l'indemnisation des victimes innocentes sans devoir recourir à de longues procédures judiciaires concernant des conflits de compétences, le droit applicable et le partage des responsabilités entre les différents acteurs et, enfin, la reconnaissance et l'exécution des décisions prononcées. Elle a également le mérite de ne pas faire obstacle à une action judiciaire pour d'autres motifs.

22. Il est aussi compréhensible que l'on ait hésité à rattacher la responsabilité de l'État à la responsabilité objective. Ceci est dû principalement au fait que dans la pratique internationale, entre États, cette forme de responsabilité n'est pas acceptée pour des activités auxquelles il est considéré comme licite pour les États de se livrer dans leur juridiction et dans l'exercice de leurs droits souverains. En ce qui concerne la responsabilité sans faute ou absolue, le Groupe de travail de 1996 de la CDI a noté ce qui suit :

« Comme règle d'application générale, la responsabilité sans faute pour toutes les pertes entraînées par les activités licites menées sur le territoire d'un État ou sous sa juridiction ou son contrôle serait difficile, sinon impossible, à tenir. Bien entendu, une telle règle pourrait trouver sa place dans une convention, mais cela n'indique pas nécessairement que la règle du droit international général serait séparée de la convention<sup>45</sup>. »

23. Il ajoutait que les notions de responsabilité objective ou absolue qui

« [étaient] familières et [avaient] pris consistance dans le droit interne de nombreux États et par rapport à certaines activités en droit international, ... [n'avaient] pas encore été pleinement développées en droit international s'agissant d'un groupe d'activités plus important telles que celles visées par l'article premier<sup>46</sup>. »

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Ibid., chap. premier, Dispositions générales, par. 3 du commentaire de l'article 5, évoquant certains traités internationaux et d'autres formes de la pratique des États adoptant la responsabilité sans faute ou objective comme fondement juridique de l'indemnisation.

<sup>46</sup> Ibid., par. 1 du commentaire général du chapitre III. Pour parvenir à cette conclusion, le Groupe de travail avait tiré parti de l'« Étude des régimes des responsabilités ayant trait au sujet : Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », établie par le Secrétariat, *Annuaire... 1995*, vol. II (Première partie), document A/CN.4/471.

24. De plus, après avoir passé en revue un certain nombre d'incidents au cours desquels des États, sans admettre aucune responsabilité, avaient indemnisé des victimes de dommages transfrontières significatifs, la Commission avait conclu que « la tendance à réclamer une indemnisation [était] d'ordre pragmatique, au lieu d'être fondée sur une théorie cohérente de la responsabilité<sup>47</sup>. »

25. Plusieurs commentateurs souscrivaient à l'opinion exprimée en 1996 par le Groupe de travail de la Commission. Tomuschat estimait qu'un régime général de responsabilité sans faute ou objective ne pouvait être établi que par un traité et pour des activités extrêmement dangereuses. Pour Boyle, la « difficulté que cré[ait] la responsabilité objective en tant que principe de droit international [était] que, si certains commentateurs argu[aient] qu'il s'agi[ssait] d'un principe général du droit applicable aux activités extrêmement dangereuses<sup>48</sup>, il n'y a[vait] guère d'éléments attestant de manière cohérente l'existence d'une pratique des États en faveur de cette opinion<sup>49</sup> ». De plus, selon lui :

« Il est clair que les traités, comme la Convention sur le droit de la mer de 1982, penchent, au maximum, pour l'imposition de la responsabilité dans les seuls cas de violation d'obligations internationales, définie en termes de contrôle diligent des sources de dommage environnemental<sup>50</sup>. Les exemples de responsabilité de l'État directe et absolue, comme par exemple dans la Convention sur la responsabilité pour les objets spatiaux, demeurent exceptionnels. Les États ont au contraire eu tendance à réduire leur responsabilité en cas de pollution. De fait, de nombreux traités modernes à but de régulation, comme la Convention de Genève de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, soit sont totalement muets sur la question, soit la réservent pour un développement futur<sup>51</sup>. »

### 3. Champ des activités couvertes

26. S'agissant du champ des activités, deux questions se posent : l'une a trait au type d'activités couvertes et l'autre se rapporte aux critères de détermination de l'élément transfrontière. Quentin-Baxter avait envisagé d'inclure dans le champ des activités toute une gamme d'« activités et situations », y compris des dangers insidieux, comme la pollution atmosphérique, qui pourraient avoir des effets

<sup>47</sup> Ibid, par. 32 du commentaire de l'article 5.

<sup>48</sup> Voir Wilfred Jenks, « Liability for Ultra-hazardous Activities in International Law », *RdC* (1966), 1, p. 105. B. Smith, *State responsibility and the Marine Environment* (1988), p. 128.

<sup>49</sup> Sur les réclamations des États en cas de préjudice nucléaire, voir Alan Boyle, *supra*, note 8. Sur l'accident de Tchernobyl, voir P. Sands, *Chernobyl: Law and Communication* (1988), 226 et 227, et Alan Boyle, dans Butler (dir. publ.), *Perestroika and International Law* (1990), 203.

<sup>50</sup> Sont citées en exemple la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (art. 2), la Convention de Londres de 1972 sur l'immersion des déchets (art. II et IV), la Convention de Paris de 1974 pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique (art. premier), la Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone (art. 2) et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 (art. 194 et 207 à 212).

<sup>51</sup> Alan E. Boyle, *Making the Polluter Pay? Alternatives to State Responsibility in the Allocation of Transboundary Environmental Costs*, dans F. Francioni et T. Scovazzi (dir. publ.), *supra*, note 22, p. 363 à 379, p. 365 et 366.

cumulatifs massifs<sup>52</sup>. Tout en acceptant la définition large du champ d'application, Barboza ne pensait pas utile de viser des « situations<sup>53</sup> » en plus des « activités ». La question a également été posée de l'opportunité de préciser dans une liste les activités couvertes par les projets d'articles. Un groupe de travail de la Commission a examiné la question en 1995 et a estimé qu'aux fins de l'étude, une liste n'était pas nécessaire à l'époque et que les activités énumérées dans diverses conventions sur les dommages transfrontières pourraient être considérées comme pertinentes<sup>54</sup>. Acceptant cette conclusion, le Groupe de travail de la Commission a, en 1996, de nouveau défini la notion de risque, essentielle pour le champ des activités, en reprenant la définition adoptée provisoirement par la Commission en 1994, comme s'entendant d'activités présentant « une faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs » [art. 2 a)].

27. Pour délimiter le vaste champ d'application, les deux Rapporteurs spéciaux se sont néanmoins appuyés sur trois critères permettant de définir un « dommage transfrontière ». Les activités doivent avoir lieu sur le territoire d'un État ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle. Elles doivent comporter un risque de causer un dommage transfrontière significatif. Enfin, ce dommage doit avoir été causé par les « conséquences physiques » de ces activités, ou il doit exister un effet physique direct et un lien causal incontestable entre l'activité considérée et le dommage ou le préjudice subi. Une telle définition exclurait par exemple du champ des articles des dommages tels que ceux causés aux espaces publics internationaux qui ne relèvent d'aucune juridiction nationale, des dommages à l'environnement ne relevant pas de la juridiction d'un État, la pollution atmosphérique et la pollution rampante non attribuable à une origine déterminée, ainsi que les conséquences économiques résultant de politiques et de décisions d'un État par rapport à un autre.

<sup>52</sup> Les activités suivantes ont été mentionnées : « L'utilisation et la réglementation des fleuves qui traversent ou séparent les territoires de plusieurs États et la prévention des dommages causés par les inondations et les glaces; l'exploitation des terres dans les zones frontalières; la propagation, par delà les frontières nationales, du feu ou de toute force explosive ainsi que des maladies de l'homme, des animaux ou des plantes; les activités qui peuvent entraîner une pollution transfrontière de l'eau douce, des eaux côtières ou de l'espace aérien d'autres États ou encore la pollution de l'environnement commun à l'ensemble de l'humanité, dont les océans et l'espace extra-atmosphérique; le développement et l'utilisation de l'énergie nucléaire, y compris le fonctionnement d'installations nucléaires et de navires nucléaires et le transport de substances nucléaires; les activités qui tendent à modifier le climat; la circulation d'aéronefs et d'objets spatiaux avec risque de dommages accidentels sur la surface terrestre, dans l'espace aérien ou dans l'espace extra-atmosphérique; et les activités dont les effets se font sentir dans des zones ou sur des ressources naturelles communes à l'égard desquelles d'autres États ont des droits et des intérêts. » Quatrième rapport, *Annuaire ... 1983*, vol. II (Première partie), document A/CN.4/373, p. 210, note 8.

<sup>53</sup> Le terme « situation » est défini comme « un état de choses, sur le territoire ou sous le contrôle de l'État d'origine, qui donne lieu ou peut donner lieu à des conséquences matérielles ayant des effets transfrontières », les exemples donnés étant l'approche d'une nappe d'hydrocarbure, un danger provenant d'inondations ou de glaces dérivantes, ou les risques résultant d'un incendie, de parasites ou d'une maladie. Cinquième rapport, *Annuaire ... 1984*, vol. II (Première partie), p. 161, document A/CN.4/383 et Add.1, p. 173 et 174, par. 31.

<sup>54</sup> Ces conventions sont les suivantes : Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière de 1991, Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels de 1992 et Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement de 1993.

28. En 1996, après un réexamen de ces questions, le Groupe de travail n'a pas été d'avis d'élargir le champ des activités et a approuvé les critères de délimitation ci-dessus indiqués. Comme l'a observé un commentateur, cette modération était nécessaire pour rendre les travaux de la Commission sur ce sujet délicat acceptables pour la plupart des États<sup>55</sup>. Les auteurs d'un autre commentaire qui regrettaient l'absence de progrès des travaux relatifs à la responsabilité internationale résultant de dommages transfrontières ont semblé approuver une limitation plus pragmatique du champ des projets d'articles, en recommandant la « promulgation d'un régime de responsabilité internationale qui servira à ce point l'intérêt des États que les nations renonceront à certains de leurs droits souverains pour participer au système »<sup>56</sup>.

#### 4. Seuil de dommage : le dommage significatif en tant que critère nécessaire

29. S'agissant du seuil de dommage, le problème était de déterminer le niveau de dommage considéré comme inacceptable qui, partant, justifierait des mesures correctives, y compris une indemnisation suffisante. Pour Quentin-Baxter, tout dommage transfrontière n'a pas un caractère<sup>57</sup>. Il a donc mentionné « la gravité » de la perte ou du préjudice comme l'un des facteurs à inclure dans le critère de l'équilibre des intérêts qu'il a proposé (sect. 6, par. 2 de l'ébauche de plan). Tout en souscrivant à cette idée, Barboza était d'avis que le concept de risque était relatif et pouvait varier en fonction de plusieurs facteurs. À son avis, la question se prêtait mieux à un règlement entre États lorsque ceux-ci négociaient un régime applicable à des activités précises comportant un risque de dommage transfrontière<sup>58</sup>.

30. La question a dû être réexaminée en raison de divergences de vues persistantes entre membres de la Commission et entre États. En 1996, le Groupe de travail de la Commission a estimé ce qui suit :

« on peut légitimement induire de la pratique assez variée évoquée ... la reconnaissance – *de lege ferenda*, il est vrai, dans quelques cas – d'un principe suivant lequel la survenance d'un dommage transfrontière **significatif** résultant d'activités telles que celles visées à l'article premier devrait entraîner une responsabilité, nonobstant le fait que ces activités ne sont pas interdites en droit international – et ne sont donc pas soumises aux obligations de cessation ou de *restitutio in integrum* »<sup>59</sup> (caractères gras ajoutés).

<sup>55</sup> Daniel B. Magraw. *Transboundary Harm: The International Law Commission's Study of International Liability*, 80 *AJIL* (1986), 305 à 330, où l'auteur observe, p. 322, qu'« il sera primordial de définir le champ du sujet avec la prudence voulue de façon à ne pas encourager le non-respect ».

<sup>56</sup> Voir le commentaire des directeurs de la publication de la Harvard Law Review, *Trends in International Environment Law*, reproduit dans L. D. Guruswamy, Sir G. W. Palmer et B. H. Weston, *International Environment Law and World Public Order: A Problem-Oriented Course Book* (1994), p. 330 à 332.

<sup>57</sup> Voir Barboza, deuxième rapport, *Annuaire ... 1986*, vol. II (Première partie), p. 149, document A/CN.4/402.

<sup>58</sup> Voir Barboza, *Annuaire ... 1987*, vol. II (Deuxième partie), chap. IV, par. 127.

<sup>59</sup> Rapport du Groupe de travail de 1996, *supra*, note 25, par. 32 du commentaire relatif à l'article 5. La conclusion selon laquelle les activités entraînant une responsabilité ne sont pas nécessairement soumises aux obligations de cessation ou de *restitutio in integrum* est considérée comme importante « dans les cas où le dommage ne peut être raisonnablement évité car, dans le cas contraire, de telles activités devraient être arrêtées ». Il a été estimé en même temps qu'il n'était pas nécessaire que le Groupe de travail parvienne à cette conclusion sur la base d'une

31. Il a été précisé qu'il devait s'agir d'un dommage qui n'était pas minime ni négligeable mais qui devait être plus que « détectable » et « appréciable », sans nécessairement atteindre le niveau de « grave » ou « substantiel ». Le dommage devait en outre 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, effet qui devait pouvoir être mesuré à l'aide de critères factuels et objectifs<sup>60</sup>.

32. S'il est vrai que les recommandations ainsi faites par le Groupe de travail en 1996 et leur orientation générale peuvent être considérées comme une contribution positive<sup>61</sup>, elles n'ont pas pu être avalisées par la Commission en 1996 faute de temps et, surtout, faute d'accord sur d'autres questions, comme l'insistance sur la responsabilité des États et le traitement de la prévention dans le cadre du régime de la responsabilité internationale.

## 5. Prévention et responsabilité : concepts distincts mais liés

33. S'agissant du lien entre prévention et responsabilité, le groupe de travail constitué en 1997 par la Commission a analysé les travaux réalisés sur le sujet depuis 1978. Il a estimé que « la portée et la teneur du sujet demeuraient floues, en raison, par exemple, de difficultés d'ordre conceptuel et théorique concernant l'intitulé et le rapport du sujet avec la "responsabilité des États"<sup>62</sup>. Il a en outre observé que les questions de la "prévention" et de la "responsabilité internationale", bien que liées entre elles, étaient distinctes l'une de l'autre »<sup>63</sup>. Le Groupe de travail a donc recommandé qu'elles soient traitées séparément. Pour ce qui est de l'étude de la responsabilité internationale, le Groupe de travail a estimé qu'il devait attendre

---

distinction quant à la nature des activités en cause selon qu'il s'agit d'activités « non interdites » ou « interdites ». Il a été souligné que même dans le cadre de la responsabilité des États, la cessation de l'activité elle-même ne serait pas nécessaire si la responsabilité résultait des conséquences illicites de l'activité, comme c'était le cas dans l'affaire de la Fonderie de Trail, Alan Boyle, *supra*, note 27, p. 77 et 78.

<sup>60</sup> Ibid, par. 4 et 5 du commentaire relatif à l'article 2. Sands a observé que « la pratique des États, les décisions des tribunaux internationaux et les écrits de juristes laissent penser que le dommage à l'environnement doit être « significatif » ou « substantiel » (ou éventuellement « appréciable », ce qui suggère un seuil marginalement plus bas) pour qu'il y ait responsabilité internationale ». P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, vol. I, 1995, Manchester, p. 635. Faisant référence à l'échange entre le Président de la CIJ, Sir Humphrey Waldock, et le Gouvernement australien dans les affaires des *Essais nucléaires*, il a noté, p. 246, que si un préjudice ou un dommage insignifiant causé par des activités conduites dans l'intérêt collectif ne donnait pas lieu à une responsabilité, un préjudice ou dommage significatif causé même par de telles activités entraînait une responsabilité.

<sup>61</sup> Selon un commentateur, le principal objectif de la recommandation de la Commission est de recueillir l'approbation, par la communauté internationale, de la proposition selon laquelle « les États ont le droit souverain de conduire des activités sur leur propre territoire même lorsqu'elles causent un dommage inévitable à d'autres États (à l'exception des quelques activités qui, par voie d'accord ou en vertu de quelque autre règle de droit, ne sont pas autorisées) sous réserve qu'ils versent une indemnisation équitable pour le dommage causé ». « Si la Commission peut recueillir un appui international pour cette proposition », a-t-il ajouté, « elle aura réalisé un progrès significatif et aura apporté un élément de souplesse utile dans l'équilibre plus général des intérêts que les articles dans leur ensemble visent à établir dans les relations transfrontières, Boyle, *supra*, note 27, p. 78.

<sup>62</sup> Pour le rapport du Groupe de travail de 1997, voir *Annuaire ... 1997*, vol. II (Deuxième partie), document A/52/10, chap. VII, par. 165.

<sup>63</sup> Ibid.

d'avoir reçu d'autres observations des États. Toutefois, l'intitulé du sujet devrait être rectifié en fonction de la portée et de la teneur du projet d'articles<sup>64</sup>.

34. La Commission a fait siennes ces recommandations en 1997 et a nommé un nouveau Rapporteur spécial sur l'aspect du sujet relatif à la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

35. En 1998, sur la base de propositions faites par le Rapporteur spécial ainsi que d'un examen plus approfondi du régime de la prévention, la Commission a pris un certain nombre de décisions concernant le champ des projets d'articles, y compris la question du seuil de dommage qui relèverait du champ des projets d'articles. Tout d'abord, les articles ne traiteraient que des activités comportant un *risque* de dommage transfrontière. Ensuite, il faudrait prévenir le risque de dommage significatif. En outre, le dommage devrait avoir un caractère transfrontière et comporter des conséquences physiques. Ainsi, les projets d'articles ne traiteraient pas de la pollution rampante, de la pollution émanant de sources multiples ni du dommage causé à l'environnement dans les zones situées au-delà des juridictions nationales. Enfin, la définition du dommage adoptée couvrirait les dommages aux personnes ou aux biens ou les dommages à l'environnement sous la juridiction et le contrôle de l'État concerné. Il a été aisément admis que les activités ou les autres types de dommages liés hors du champ d'application étaient également importants mais que, dès lors ils relevaient d'un ensemble de considérations différentes, il était souhaitable de les étudier dans le cadre d'un nouveau mandat de l'Assemblée générale.

36. La réaction de l'Assemblée générale aux propositions de la Commission sur le sujet de la prévention a été favorable. Un assez grand nombre de membres de l'Assemblée ont continué à faire valoir que la principale raison d'être du sujet assigné à l'étude était la responsabilité internationale et que l'examen de celle-ci devait également être mené à bien sans délai après l'achèvement des projets d'articles sur la prévention. Cette demande a été réitérée en 2001 lorsque la Commission a achevé la deuxième lecture des projets d'articles relatifs à la prévention, après quoi l'Assemblée a pris note desdits projets d'articles et a prié la Commission de reprendre rapidement l'examen du volet « responsabilité » du sujet, en tenant compte des liens entre les volets « prévention » et « responsabilité », de l'évolution du droit international et des observations des gouvernements.

## **6. Reprise des travaux sur la responsabilité, axés sur les modèles de prise en charge des pertes**

37. À la cinquante-quatrième session de la Commission, en 2002, un groupe de travail a été constitué en vue d'examiner les approches possibles de l'étude sur le sujet de la responsabilité. Il a recommandé à la Commission<sup>65</sup> :

- a) De concentrer son attention sur les dommages pouvant apparaître pour diverses raisons, ne mettant pas en jeu la responsabilité de l'État;
- b) De régler la question de la répartition de la charge des pertes entre les différents agents intervenant dans les activités dangereuses comme, par exemple, ceux qui les autorisent, les gèrent ou en tirent profit;

<sup>64</sup> Ibid., par. 167.

<sup>65</sup> Pour le rapport du Groupe de travail, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément No 10 (A/57/10)*, chap. VII.

c) De limiter la portée du sujet aux mêmes activités que celles relevant du régime de prévention adopté par la Commission en 2001<sup>66</sup>;

d) D'inclure dans le champ du sujet les pertes correspondant à des dommages aux personnes, aux biens, y compris ceux relevant de la propriété de l'État et du patrimoine national, et à l'environnement relevant de la juridiction nationale.

38. L'accent mis sur la prise en charge des pertes et non sur le développement d'un régime de responsabilité internationale cadre bien avec la réflexion actuelle sur le sujet, laquelle est axée sur l'idée de faciliter un régime d'indemnisation plus équitable et plus rapide des victimes de dommages transfrontières. Vu les difficultés et les contraintes des régimes classiques du droit des délits civils et de la responsabilité civile, le Groupe de travail de la Commission constitué en 1996 avait déjà amorcé une approche plus souple, dissocié des recours de droit privé ou d'une responsabilité objective ou absolue comme base du système d'indemnisation proposé. La réflexion des experts juridiques et politiques intéressés par la question des dommages transfrontières a également été axée pendant quelque temps sur le développement de systèmes adaptés de prise en charge des pertes en vue de promouvoir une répartition plus équitable des pertes et de favoriser le règlement rapide et satisfaisant des plaintes des victimes.

39. Il a été également proposé que la Commission examine le seuil de mise en application du régime de prise en charge des pertes causées. Deux points de vue ont pu être notés à cet égard. Le premier défendait le maintien de la notion de « dommage significatif » à cet effet, tandis que le second prônait un seuil plus élevé que celui défini pour l'application du régime de prévention. Par contre, il a été également proposé de prévoir un seuil plus bas que celui de « dommage significatif » pour traiter de la responsabilité et, partant, des demandes d'indemnisation<sup>67</sup>. De manière générale, dans la perspective de la responsabilité comme dans le cas de la prévention, la nécessité de prévoir un seuil de dommage pour déclencher des demandes d'indemnisation est mise en évidence. Si l'on s'appuie sur l'affaire de la Fonderie de Trail ou celle du Lac Lanoux, il est clair qu'un seuil de dommage « appréciable », « grave », « significatif » ou « substantiel » est celui qui ouvre droit à indemnisation, au contraire d'un dommage négligeable ou minime. En se fondant sur l'examen de la question au sein de la Commission, on perçoit clairement que dans le débat relatif au champ des projets d'articles, à la détermination du seuil de dommage et à la définition du dommage, aucune distinction n'a été établie entre la prévention, d'une part, et la responsabilité et l'indemnisation, d'autre part. Il semble en conséquence raisonnable de ne pas rouvrir ce débat et d'entériner la décision prise précédemment par la Commission de définir le « dommage significatif » comme le seuil à partir duquel l'obligation d'indemnisation entre en jeu.

---

<sup>66</sup> Pour les raisons justifiant l'idée de limiter la portée du sujet, voir premier rapport de P. S. Rao sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, document A/CN.4/487, par. 71 à 86 et 111 à 113 (en particulier les recommandations énoncées au paragraphe 111, al. a), b), c), f) et g).

<sup>67</sup> Uruguay, A/C.6/57/SR.24, par. 41.

40. La recommandation faite par le Groupe de travail en 2002 tendant à ce que la définition du dommage puisse également couvrir la propriété de l'État et le patrimoine national dans le cadre des dommages aux biens mérite d'être appuyée. La définition du dommage ou du préjudice envisagée par la Commission ne visait que les dommages aux personnes et aux biens, ainsi qu'à l'environnement relevant de la juridiction nationale. On s'interrogeait à l'époque sur le meilleur moyen de couvrir les dommages à la propriété de l'État et au patrimoine national. Barboza, dans son onzième rapport, était d'avis qu'il valait mieux envisager le dommage au patrimoine culturel, en tant que catégorie de dommage, avec les dommages aux biens.

41. À son avis, les dommages à l'environnement devaient recouvrir les dommages aux éléments ou aux composants naturels de l'environnement et la perte ou la diminution des valeurs environnementales dues à la détérioration ou la destruction de ces composants. En outre le dommage à l'environnement en soi, mais relevant de la juridiction et du contrôle d'un État, devait être inclus dans la définition du dommage à l'environnement, dès lors qu'il affectait l'ensemble de la communauté. Mais dans ce cas, c'était l'État dans son ensemble qui était la partie lésée. Une telle approche excluait encore un préjudice ou un dommage à l'environnement en soi relevant des espaces publics internationaux, c'est-à-dire des zones ne relevant pas de la juridiction ou du contrôle d'un État. Les tendances contemporaines qui seront examinées ci-après semblent étayer dans une certaine mesure cette recommandation<sup>68</sup>.

42. Avant de passer à l'examen détaillé de différents modèles de prise en charge des pertes entre différents agents en vue d'évaluer les tendances contemporaines à cet égard, il semble opportun de rappeler certains des principes qui ont inspiré ces tendances.

---

<sup>68</sup> Pour les vues de Barboza, voir « The ILC and Environmental Damage », dans Peter Wetterstein (dir. publ.), *supra*, note 1, p. 76 et 78. Voir également son onzième rapport, A/CN.4/468. La définition du dommage proposée par le Rapporteur spécial a été examinée à titre préliminaire en 1995 : « La définition du dommage devrait, a-t-on dit, être raisonnablement détaillée, sans l'être trop. Dans un premier temps, elle devrait comprendre les éléments suivants : la mort, les lésions corporelles ou autres atteintes à la santé, la perte de biens ou le préjudice matériel causés dans l'État affecté, ainsi que l'altération des ressources naturelles ou du milieu humain ou culturel de cet État. » Voir *Annuaire ... 1995*, vol. II (Deuxième partie), document A/50/10, chap. V.B.3, par. 397. S'agissant de la question de savoir si, pour ouvrir droit à indemnisation, un dommage devrait nécessairement être direct ou au moins pas éloigné, un point de vue préliminaire tendait à inclure un tel critère. Ensuite, il a été insisté sur le fait que le but de la réparation devait être, autant que possible, de rétablir le *statu quo ante*. Ibid., par. 402. Pour le point de vue selon lequel les dommages au patrimoine culturel pourraient être inclus dans la définition des dommages à l'environnement, voir la définition adoptée par le Groupe de travail du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), cité dans M. A. Fitzmaurice, « International Protection of the Environment », RdC (2001), p. 228. L'auteur a également cité le point de vue de la Commission, que celle-ci a exprimé lors de l'examen de la responsabilité de l'État pour dommage, selon lequel aucun critère de causalité du dommage ne devrait être inclus dans le projet d'articles : « En droit international comme en droit national, il semble qu'il convienne d'appliquer des critères de causalité différents à des obligations différentes ou dans des contextes différents, en fonction des intérêts que la règle primaire cherche à protéger. » Ibid., p. 232.

### C. Quelques considérations de principe

43. Le Groupe de travail constitué en 1996 par la Commission a noté que le principe de la responsabilité internationale devrait être fondé sur certaines considérations fondamentales générales : a) la liberté d'action de chaque État sur son territoire doit être garantie, dans les limites compatibles avec les droits et intérêts des autres États; b) la protection desdits droits et intérêts exige l'adoption de mesures de prévention et de mesures de réparation en cas de dommage; et c) dans la mesure où cela serait compatible avec les deux principes précédents, la victime innocente ne doit pas supporter exclusivement la charge du dommage qu'elle a subi<sup>69</sup>. Il peut être rappelé que le projet adopté en 2001 concernant le régime de prévention reflétait déjà les objectifs de principe visés sous le point a) et, pour partie, ceux visés sous le point b). En conséquence, la Commission devrait désormais s'efforcer davantage de réaliser les autres parties du principe, à savoir encourager les États à conclure des accords internationaux et à adopter une législation et mettre en oeuvre des mécanismes permettant l'application de mesures correctives rapides et efficaces, y compris une indemnisation en cas de dommage transfrontière significatif.

44. On peut noter qu'il existe un accord général pour reconnaître que tout régime de responsabilité et d'indemnisation devrait viser, autant que possible, à ne pas laisser à la charge de la victime innocente la perte causée par un dommage transfrontière résultant d'une activité dangereuse. On se rend compte toutefois qu'une indemnisation intégrale n'est peut-être pas possible dans chaque cas. La définition du dommage, parfois l'absence de preuve nécessaire de la perte et la loi applicable, ajoutées aux limitations de la responsabilité de l'exploitant et aux contraintes de fonctionnement des mécanismes contributifs et complémentaires de financement réduisent les possibilités d'obtention d'une indemnisation intégrale. Lorsque des actions collectives en responsabilité sont engagées, il est généralement versé une somme forfaitaire à titre d'indemnisation, laquelle représentera toujours moins qu'un dédommagement intégral.

45. Quoiqu'il en soit, tout régime d'imputation des pertes devrait avoir pour fonction d'inciter toutes les parties intéressées par des activités dangereuses à prendre des mesures de prévention ou de protection afin d'éviter les dommages; d'indemniser les dommages causés à toute victime éventuelle; et de jouer un rôle économique, en internalisant tous les coûts (externalités)<sup>70</sup>. De fait, ces fonctions sont interactives. Dans la perspective du développement d'une politique de la responsabilité environnementale au niveau de la Commission européenne, on relève qu'« il convient de mettre en oeuvre la prévention et la réparation des dommages environnementaux en appliquant le principe ... selon lequel le pollueur doit payer. Un des principes fondamentaux ... doit donc être que l'exploitant dont l'activité a causé un dommage environnemental ou une menace imminente d'un tel dommage soit tenu pour financièrement responsable, afin d'inciter les exploitants à adopter des mesures et à développer des pratiques propres à minimiser les risques de dommage environnemental, de façon à réduire leur exposition aux risques financiers associés<sup>71</sup> ». De plus, l'harmonisation du droit de l'indemnisation pourrait présenter

<sup>69</sup> Rapport du Groupe de travail, 1996, *supra*, note 25, commentaire relatif à l'article 5.

<sup>70</sup> Louise de La Fayette, *supra*, note 4 p. 179.

<sup>71</sup> Pour le texte de la proposition, voir *supra*, note 4.

un intérêt. Ainsi qu'il a été noté, « l'harmonisation peut être un moyen d'éviter les problèmes de conflit de lois et elle contribue à la création de certaines anticipations communes au niveau régional<sup>72</sup> ». En outre, une telle harmonisation pourrait contribuer à « réduire l'imprévisibilité, la complexité et le coût<sup>73</sup> » et à équilibrer l'« intérêt des plaignants à disposer du plus vaste choix possible de législation et de juridiction par rapport à l'intérêt des défendeurs à régler leurs affaires d'une manière responsable sous l'angle de l'environnement<sup>74</sup> ».

46. Au cours des dernières années, compte tenu de certaines ou de la totalité de ces principes, les dispositions relatives à la responsabilité figurant dans de précédentes conventions relatives à la pollution par les hydrocarbures et aux accidents nucléaires ont été renforcées. De nouveaux traités ou protocoles relatifs à la responsabilité en raison de substances et déchets dangereux et toxiques ont été adoptés. Des négociations ont eu lieu en vue d'élaborer un protocole au Traité sur l'Antarctique portant sur la responsabilité. Des efforts ont également été faits pour parvenir à un accord international sur la responsabilité civile résultant d'autres risques potentiels comme ceux résultant des organismes génétiquement modifiés. Il est intéressant de noter, à la lecture des comptes rendus de ces négociations, que les États ont tenté de régler la question de la prise en charge des pertes, dans la plupart des conventions récemment conclues, en s'appuyant sur la responsabilité civile. Ils ont ainsi établi « la responsabilité directe du pollueur en droit national comme le meilleur moyen de faciliter le recouvrement de l'indemnisation, sans avoir à recourir à des réclamations entre États ou à faire face aux complexités du droit de la responsabilité des États<sup>75</sup> ». Il ressort également de ces traités qu'il ne pourrait pas exister un modèle unique de prise en charge des pertes.

## II. Prise en charge de la perte

### A. Analyse sectorielle et régionale

#### 1. **Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (1969), Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (1971) et Protocoles à ces deux Conventions (1992)**

47. La Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Convention sur la responsabilité)<sup>76</sup> et ses protocoles de 1976, 1984 et 1992, ainsi que la Convention internationale de 1971 portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (la Convention portant

<sup>72</sup> Birnie and Boyle, *International Law and the Environment*, 2002, Oxford, p. 279 et 280.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> Ibid., par. 281.

<sup>76</sup> Pour le texte, voir Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 973, p. 3. La Convention sur la responsabilité est entrée en vigueur le 19 juin 1975.

création du Fonds)<sup>77</sup> et ses protocoles de 1976, 1984<sup>78</sup> et 1992<sup>79</sup>, portent sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures provenant de navires<sup>80</sup>. Ces conventions ont été conclues sous les auspices de l'Organisation maritime internationale (OMI). La Convention de 1992 sur la responsabilité attribue au propriétaire une responsabilité objective mais limitée pour les dommages résultant d'une fuite ou d'un rejet d'hydrocarbures transportés en vrac par son navire. Elle définit aussi certaines situations dans lesquelles le propriétaire est dispensé de verser une indemnité<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Pour le texte, voir *II ILM* (1972). La Convention portant création du Fonds est entrée en vigueur le 16 octobre 1978.

<sup>78</sup> Les modifications de 1984 ne sont jamais entrées en vigueur.

<sup>79</sup> Pour le texte des protocoles, de la Convention de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et de la Convention internationale de 1992 portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, voir Birnie and Boyle, *Basic Documents on International Law and the Environment* (1995), Oxford. Les deux conventions sont entrées en vigueur le 30 mai 1996.

<sup>80</sup> Outre ces conventions, deux accords privés, l'un conclu par les propriétaires, l'accord TOVALOP (Tanker Owners Voluntary Agreement Concerning Liability for Oil Pollution) et l'autre conclu par les compagnies pétrolières, l'accord CRISTAL (Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution), instituent un système « volontaire » d'indemnisation des victimes de la pollution, en particulier les gouvernements qui prennent des mesures de prévention ou mènent des opérations de sauvetage. Ces accords font partie intégrante du système d'indemnisation. Au sujet des systèmes TOVALOP et CRISTAL, voir I. C. White, « The Voluntary Oil Spill Compensation Agreements – TOVALOP and CRISTAL » dans Colin M. De La Rue (éd.), *Liability for Damage to the Environment* (1993), 57-69.

<sup>81</sup> L'article III de la Convention de 1992 sur la responsabilité dispose que le propriétaire n'est pas responsable s'il prouve que le dommage :

a) Résulte d'un acte de guerre, d'hostilités, d'une guerre civile, d'une insurrection, ou d'un phénomène naturel de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible; ou

b) Résulte en totalité du fait qu'un tiers a délibérément agi ou omis d'agir dans l'intention de causer un dommage;

c) Résulte en totalité de la négligence ou d'une autre action préjudiciable d'un gouvernement ou autre autorité responsable de l'entretien des feux ou autres aides à la navigation dans l'exercice de cette fonction. L'article III dispose aussi que : « Si le propriétaire prouve que le dommage par pollution résulte en totalité ou en partie, soit du fait que la personne qui l'a subi a agi ou omis d'agir dans l'intention de causer un dommage, soit de la négligence de cette personne, le propriétaire peut être exonéré de tout ou partie de sa responsabilité envers ladite personne. » Par contre, selon le paragraphe 2 de l'article V, le propriétaire ne peut se prévaloir de la limitation de la responsabilité prévue par le Protocole « s'il est prouvé que les dommages par pollution résultent d'actes ou d'omissions commis par lui, dans l'intention de causer de tels dommages ou par négligence, en sachant que ces dommages surviendraient probablement » (par. 2 de l'article V de la Convention de 1992 sur la responsabilité et par. 4 de l'article 4 de la Convention portant création du Fonds). La Convention portant création du Fonds prévoit, aux alinéas a) et b) du paragraphe 2 de son article 4 et au paragraphe 3 de son article 4, que le Fonds est exonéré de toute obligation d'indemnisation dans certaines circonstances semblables à celles qui sont visées aux paragraphes 2 et 3 de l'article III de la Convention sur la responsabilité. Le Fonds est aussi exonéré, en vertu des alinéas a) et b) du paragraphe 2 de l'article 4, si la source de la pollution par des hydrocarbures est un navire de guerre ou un autre navire appartenant à un État ou exploité par lui et affecté exclusivement, au moment de l'événement, à un service non commercial d'État, ou si le demandeur ne peut prouver que le dommage est dû à un événement mettant en cause un ou plusieurs navires. En vertu du paragraphe 3 de l'article 4, le Fonds est, de toute manière, exonéré dans la mesure où le propriétaire a pu l'être, sauf en ce qui concerne les mesures de sauvegarde.

48. Les parties à la Convention sur la responsabilité se sont rendu compte que dans certains cas de pollution par des hydrocarbures, toutes les demandes d'indemnisation ne seraient pas satisfaites par ce propriétaire soit parce qu'il n'avait pas les moyens de les satisfaire, soit en raison de circonstances le libérant de l'obligation de verser des indemnités, soit parce que le montant de l'indemnité demandée dépassait la limite de sa responsabilité. C'est pourquoi, en 1971, les membres de l'OMI ont adopté la Convention portant création du Fonds, qui vise à permettre aux demandeurs qui ne peuvent être indemnisés complètement au titre de la Convention sur la responsabilité d'obtenir une indemnité complémentaire. Le Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures est alimenté par des contributions versées par les importateurs d'hydrocarbures, essentiellement les sociétés qui reçoivent les hydrocarbures transportés par voie maritime jusqu'au territoire des États parties.

49. En vertu des Protocoles de 1992, la responsabilité du propriétaire du navire est limitée à 59,7 millions de droits de tirage spéciaux (DTS); au-delà de ce montant, le Fonds est responsable à concurrence d'un maximum de 135 millions de DTS (y compris les montants versés par le propriétaire) ou, dans le cas de dommages résultant de phénomènes naturels, jusqu'à concurrence de 200 millions de DTS<sup>82</sup>.

50. La Convention indique que le « dommage par pollution » comprend le coût des mesures de sauvegarde et toute perte ou tout dommage causés par lesdites mesures<sup>83</sup>. Elle définit les mesures de sauvegarde comme les mesures raisonnables prises par toute personne après la survenance d'un événement pour prévenir ou limiter la pollution.

51. La définition du dommage par pollution qui figurait dans la Convention sur la responsabilité étant trop générale et trop vague, les parties à la Convention sur la responsabilité et à la Convention portant création du Fonds se sont efforcées, en 1984, de préciser le sens et la portée de cette notion. Selon la définition proposée, le terme « dommage par pollution » signifiait :

a) Le préjudice ou dommage causé à l'extérieur du navire par une contamination survenue à la suite d'une fuite ou d'un rejet d'hydrocarbures du navire, où que cette fuite ou ce rejet se produisent, étant entendu que les indemnités

---

<sup>82</sup> Paragraphe 1 de l'article V du Protocole de 1992 et article 4 de la Convention portant création du Fonds. À la suite du naufrage de l'*Erika* au large des côtes françaises en 1990, la limite a été portée à 89 770 000 DTS à partir du 1er novembre 2003. Des amendements au Protocole de 1992 à la Convention portant création du Fonds qui ont été adoptés en 2000 et entreront en vigueur en novembre 2003 ont porté le montant de 135 millions à 203 millions de DTS. Si trois États qui participent au financement du Fonds reçoivent plus de 600 millions de tonnes d'hydrocarbures par an, le montant maximum est porté de 200 millions de DTS à 300 740 000 DTS.

<sup>83</sup> Le dommage par pollution est défini comme « toute perte ou tout dommage extérieur au navire transportant des hydrocarbures causé par une contamination résultant d'une fuite ou du rejet d'hydrocarbures, où que se produise cette fuite ou ce rejet ». Toutefois, les termes « pollution » et « contamination » ne sont pas définis. On considère généralement que le terme « contamination » renvoie à l'introduction dans la mer de substances ou d'énergie d'origine anthropique et que le terme « pollution » renvoie à leurs effets nocifs. Pour une définition de ces termes, voir, par exemple, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 qui, en son article 1 (4), définit la « pollution du milieu marin » comme « l'introduction ... par l'homme ... de substances ou d'énergie dans le milieu marin ... lorsqu'elle a ou peut avoir des effets nuisibles... ». Certains souhaitent que cette définition soit modifiée compte tenu du principe de précaution. Voir Louise de La Fayette, *supra*, note 4, p. 153 (note 16).

versées au titre de l'altération de l'environnement autres que le manque à gagner dû à cette altération seront limitées au coût des mesures raisonnables de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront;

b) Le coût des mesures de sauvegarde et des autres préjudices ou dommages causés par ces mesures.

52. Cette définition tendait à ce que des indemnités soient versées au titre des pertes économiques subies par des individus, des dégâts occasionnés à leurs biens et de la dégradation de leur situation économique du fait des dommages causés à l'environnement. Elle visait donc à exclure expressément toute responsabilité pour les dommages causés à l'environnement lui-même<sup>84</sup>. Du fait de la non-participation des États-Unis, cette définition n'a pas pu être adoptée en tant qu'amendement à la Convention sur la responsabilité et à la Convention portant création du Fonds. Pour surmonter cette difficulté, les parties ont ensuite voulu, en 1992, adopter deux nouveaux protocoles dans lesquels figurait la définition du « dommage par pollution » élaborée en 1984. Avant que ces protocoles entrent en vigueur en 1996, des demandeurs ont voulu se prévaloir de la définition en question pour demander des indemnités au titre de dommages causés à l'environnement lui-même. Le Fonds a fait valoir que les demandes portant sur la dégradation de l'environnement lui-même n'étaient pas recevables, seules l'étant celles qui portaient sur des pertes économiques quantifiables et mesurables sur le plan financier. Dans certains cas, ces demandes se sont soldées par des règlements à l'amiable<sup>85</sup>.

53. Pour éclaircir encore la situation, un groupe de travail de l'Assemblée du Fonds a été créé en 1993. À l'issue de ses travaux, le groupe a noté que le Fonds ne devrait verser d'indemnités que pour les pertes économiques quantifiables et vérifiables et pour les mesures qui pouvaient objectivement être considérées comme raisonnables au moment où elles étaient prises.

54. S'agissant des dépenses afférentes à la remise en état, le Groupe de travail a noté que, pour être remboursables, elles devaient être raisonnables; en outre, les mesures prises ne devaient pas être disproportionnées par rapport aux résultats obtenus ou pouvant raisonnablement être attendus, et devaient être appropriées et avoir des chances raisonnables d'aboutir. S'agissant d'une marée noire particulière, le groupe est aussi convenu que le Fonds devrait supporter le coût des études scientifiques réalisées pour évaluer l'étendue et la nature des dommages occasionnés à l'environnement et déterminer si des mesures de remise en état s'imposaient. En outre, il a recommandé que des indemnités soient versées au titre des mesures qui avaient effectivement été prises et de celles qui le seraient. L'Assemblée du Fonds a fait siennes ces recommandations en 1994. Toutefois, à ce

<sup>84</sup> Ibid., p. 156.

<sup>85</sup> Voir les demandes de l'Italie dans l'affaire *Patomos* (1985) et l'affaire *Haven* (1991). Dans ces affaires, les tribunaux italiens ont jugé recevables les demandes introduites par le Gouvernement italien, en sa capacité d'administrateur du patrimoine national, pour des dommages occasionnés à l'environnement lui-même. Pour un examen de l'affaire *Patomos*, voir P. Sands, *supra*, note 60, p. 663 et 664, et Maria Clara Maffei, « The Compensation for Ecological Damage in the *Patomos* case », in Francioni and Scovazzi (eds), *supra*, note 22, p. 381 à 394. Au sujet de l'accord amiable obtenu par le Gouvernement italien dans l'affaire *Haven*, voir le rapport annuel du Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures pour 1999, p. 42 à 48.

jour, aucune demande d'indemnisation pour remise en état ne semble avoir été introduite.

**a) Dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et position adoptée par les États-Unis d'Amérique dans la loi de 1990 sur la pollution par les hydrocarbures**

55. La position adoptée par le Fonds dans sa pratique relative aux dommages dus à la pollution par les hydrocarbures diffère de celle des États-Unis d'Amérique, laquelle a changé au moment de la marée noire de 1999, due au naufrage de l'*Exxon Valdez*, qui a énormément endommagé les côtes écologiquement fragiles de l'Alaska<sup>86</sup>. Le coût du déshuilage et de la remise en état était de loin supérieur au plafond fixé dans la Convention portant création du Fonds. En outre, comme la définition du « dommage par pollution » que le Fonds avait tenté d'élaborer en 1984 ne couvrait pas les dommages causés à l'environnement lui-même, les États-Unis n'avaient pas adhéré aux versions révisées de la Convention sur la responsabilité et de la Convention portant création du Fonds et avaient décidé d'adopter leur propre loi de 1990 sur la pollution par les hydrocarbures (OPA), dont les dispositions étaient plus strictes.

56. Il y a des différences importantes entre l'OPA et le régime international<sup>87</sup>. Premièrement, la responsabilité peut être attribuée à « toute personne qui possède, exploite ou affrète en coque nue le navire », plutôt qu'au seul propriétaire, et ce dans tous les cas de marée noire, et non pas seulement celles qui sont dues à des hydrocarbures persistants. La responsabilité est objective et solidaire. Les moyens de défense possibles sont plus limités au titre de l'OPA que dans le régime international. Il n'y en a que trois : le cas fortuit, l'acte de guerre et l'acte ou l'omission d'un tiers. La définition du « tiers » est limitative. Les actes ou omissions d'un tiers qui entretient une relation contractuelle avec la partie responsable ne peuvent être invoqués comme défense sauf si la partie responsable peut prouver qu'elle a fait preuve de la diligence voulue et pris des précautions pour éviter les actes ou omissions prévisibles. Même ces moyens limités ne sont pas admissibles si la partie responsable a manqué ou refusé de signaler l'incident, d'apporter l'assistance ou la coopération pouvant raisonnablement être attendues d'elle dans le cadre des activités de déshuilage nécessaires du fait de l'accident, ou de se conformer à certains ordres. La négligence de l'État qui n'a pas fourni certains moyens d'aide à la navigation, tels que des signaux lumineux, ne peut pas non plus être invoquée selon l'OPA, alors qu'elle peut l'être selon le régime international.

<sup>86</sup> Après la marée noire due au naufrage de l'*Erika*, au large des côtes occidentales de la France, en décembre 1999, dans le cadre d'un groupe de travail réuni à la demande de la France pour examiner d'éventuelles modifications du régime de la Convention sur la responsabilité et de la Convention portant création du Fonds, on a fait valoir que la définition des dommages dus à la pollution par les hydrocarbures devrait être modifiée. Toutefois, aucun progrès n'a été signalé jusqu'ici. Voir Louise de La Fayette, *supra*, note 4, p. 159.

<sup>87</sup> Pour une analyse de la législation des États-Unis, voir Thomas J. Schoenbaum, « Environmental Damages: The Emerging Law in the United States » dans Peter Wetterstein, *supra*, note 5, p. 159 à 173; A. H. E. Popp, « A North American perspective on liability and compensation for oil pollution caused by ships », dans Colin M. De La Rue (éd.), *supra*, note 80, p. 109 à 131. Pour une analyse de la loi de 1990 sur la pollution par les hydrocarbures et le Oil Spill Liability Trust Fund, voir Christopher Kende, « The United States Approach », dans Colin M. De La Rue, *op. cit.*, p. 131 à 149.

57. La responsabilité de l'exploitant est limitée. Les parties responsables peuvent déduire les dépenses afférentes à leurs propres opérations de nettoyage du montant maximal des indemnités qu'elles peuvent être amenées à verser. Si le plafond est dépassé, la responsabilité incombe au détenteur du contrat de location ou du permis concernant la zone où l'activité est exercée, à nouveau jusqu'à une certaine limite. Comme le régime international, l'OPA prévoit que le plafond ne s'applique pas si « une négligence grave ou une faute intentionnelle de la partie responsable » est la cause de l'accident. Toutefois, contrairement au régime international, l'OPA prévoit aussi que le plafond ne s'applique pas si l'événement a pour cause immédiate « le non-respect d'une règle fédérale de sécurité, de construction ou d'exploitation applicable » par la partie responsable ou si celle-ci manque ou refuse de signaler l'événement ou d'apporter la coopération ou l'aide pouvant raisonnablement être attendues d'elle dans le cadre des activités de déshuilage ou de se conformer à certains ordres. En outre, dans les cas où l'application du plafond n'est pas levée en vertu de l'OPA, rien n'empêche les différents États des États-Unis d'imposer une responsabilité supplémentaire en vertu de leur propre législation. En la matière, le régime international n'est régi que par le principe de la « faute personnelle ».

58. Outre qu'elle prévoit des indemnités plus importantes<sup>88</sup>, l'OPA prévoit une indemnisation au titre des dommages causés à l'environnement lui-même, à la rubrique « dommages causés aux ressources naturelles<sup>89</sup> ». En cas de « détérioration observable et mesurable de ressources naturelles ou de perturbation d'un service lié à des ressources naturelles », il peut y avoir responsabilité et obligation de verser des indemnités couvrant : a) le coût de la reconstitution, de la remise en état, du remplacement ou de l'acquisition de l'équivalent des ressources naturelles endommagées; b) la diminution de la valeur des ressources en question jusqu'à ce qu'elles aient été reconstituées; et c) les dépenses engagées, dans des limites raisonnables, pour évaluer les dommages<sup>90</sup>. Peuvent introduire des demandes d'indemnisation à ce titre les organismes fédéraux, les autorités des États et les tribus indiennes, qui ont la garde des ressources naturelles, et, dans le cas de dommages causés à l'environnement sur le territoire d'un État étranger ou dans la zone se trouvant sous sa juridiction et son contrôle exclusif, l'organisme étranger à qui est confiée la garde de ces ressources<sup>91</sup>.

59. Toutefois, le problème du calcul du montant des dommages demeure, qu'il s'agisse de chiffrer la perte d'utilisation des ressources jusqu'à leur reconstitution ou d'évaluer la valeur des ressources endommagées si elles ne peuvent être reconstituées et s'il n'est pas possible de recréer un environnement « équivalent ». Ce problème se pose autant dans le cadre de la législation américaine que dans celui du régime international. Le fait qu'il n'existe pas de méthode généralement acceptée

<sup>88</sup> Pour les limites prévues par l'OPA, voir Schoenbaum, *op. cit.*, p. 161; Popp, *op. cit.*, p. 123 et 124. L'OPA fixe un premier montant à concurrence duquel la partie responsable verse des indemnités, et un deuxième à concurrence duquel le Trust Fund intervient.

<sup>89</sup> L'OPA prévoit six catégories de dommages pour lesquels des indemnités peuvent être versées : ressources naturelles, biens immobiliers ou mobiliers, moyens de subsistance, recettes, bénéfices et capacité de gain et services publics. Pour un examen de la question, voir Schoenbaum, *op. cit.*, p. 163.

<sup>90</sup> Federal Register 504 (5 janvier 1996), s. 2706 (d), cité dans Louise de La Fayette, *supra*, note 4, p. 151 (note 8).

<sup>91</sup> Au sujet du rôle d'administrateur des ressources joué par les États, voir Brighton and Askman, « The Role of the Government Trustees in Recovering Compensation for Injury to Natural Resources », dans Peter Wetterstein (éd.), *supra*, note 5, p. 177 à 206.

pour calculer la valeur du dommage causé aux ressources naturelles ou à l'environnement en soi est une des raisons pour lesquelles les divers régimes internationaux ne prévoient pas d'indemnisation correspondant à cet aspect du « préjudice ».

60. La seule affaire de ce type qui ait été signalée est l'affaire *Commonwealth of Puerto Rico c. The S. S. Zoe Colocotroni* (1980). Rejetant une mesure fondée sur la diminution de la valeur marchande de la zone endommagée, le tribunal a jugé que la seule mesure acceptable était le montant des dépenses que l'État souverain ou l'organisme désigné par lui devrait engager, dans les limites du raisonnable, pour régénérer ou assainir l'environnement de la zone touchée de façon à le remettre dans son état antérieur ou dans un état le plus proche possible de son état antérieur, ces dépenses ne devant pas être totalement disproportionnées. Le tribunal a jugé totalement disproportionnée et rejeté une mesure des dommages fondée sur le remplacement des arbres endommagés et des sédiments contaminés par les hydrocarbures; la norme qu'il a approuvée reposait sur la valeur d'achat du biote détruit. La mesure des dommages adoptée par le tribunal semble donc reposer sur « l'assainissement de la zone touchée, au moyen d'activités humaines, dans un délai déterminé, compte tenu de la capacité de régénération de l'environnement naturel et de facteurs économiques<sup>92</sup> ».

**b) Loi générale de 1980 sur l'intervention, l'indemnisation et la responsabilité en matière d'environnement**

61. La loi générale de 1980 sur l'intervention, l'indemnisation et la responsabilité en matière d'environnement (loi CERCLA ou loi portant création du Superfonds) a été adoptée par le Congrès des États-Unis en réaction aux problèmes écologiques et sanitaires graves résultant de la façon dont des substances dangereuses avaient été évacuées. Elle a mis en place un vaste ensemble de mesures visant à remédier au rejet ou à la menace de rejet de substances dangereuses où que ce soit dans le milieu naturel, au sol, dans l'atmosphère ou dans l'eau, et porté création d'un Superfonds, constitué par des recettes fiscales et devant être alimenté au moyen des sommes versées par les parties responsables, qui servirait à financer les opérations de nettoyage éventuellement nécessaires. L'Environment Protection Agency des États-Unis gère le Superfonds et dispose des pouvoirs nécessaires pour enquêter sur les affaires de contamination, déterminer les mesures correctives à mettre en oeuvre et soit ordonner aux parties responsables de procéder au nettoyage, soit y procéder elle-même et se faire rembourser. Les tribunaux jugent généralement que la responsabilité prévue par la loi CERCLA est objective. La loi prévoit un nombre limité de moyens de défense et de cas d'exonération. Elle dispose aussi que les règlements régissant l'évaluation des dommages doivent porter « sur le préjudice direct et indirect, la destruction ou la perte ... et prendre en compte, entre autres, des facteurs tels que la valeur de remplacement, la valeur d'usage et la capacité de régénération de l'écosystème<sup>93</sup> ».

<sup>92</sup> Schoenbaum, *supra*, note 87, p. 164.

<sup>93</sup> Pour une analyse de la loi CERCLA, voir Brighton and Askman, *op. cit.*, p. 183 et 184.

**2. Convention internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (1996) et Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute (2001)**

62. La Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses (Convention SNPD), elle aussi conclue sous les auspices de l'OMI, prévoit la même prise en charge de la perte que la Convention sur la responsabilité et la Convention portant création du Fonds. La responsabilité du propriétaire est définie mais limitée et un fonds SNPD intervient à titre complémentaire dans la prise en charge de la perte. Ce fonds est alimenté par les réceptionnaires des substances ou par les États, au nom des réceptionnaires<sup>94</sup>.

63. Toutefois, ni la Convention sur la responsabilité, ni la Convention SNPD ne portent sur les dommages dus à la pollution par le fuel-oil. Il est difficile de remédier à ce type de pollution, qui peut avoir des conséquences graves pour certains pays. En réponse aux demandes de ces pays, l'OMI a élaboré la Convention internationale de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute<sup>95</sup>.

64. Le texte de cette convention suit celui de la Convention sur la responsabilité et donne la même définition des dommages dus à la pollution, en la limitant toutefois aux dommages causés par les hydrocarbures utilisés pour propulser les navires et faire fonctionner du matériel. La Convention ne porte donc que sur les dommages dus à la contamination par les hydrocarbures utilisés par les navires, et exclut ceux qui sont liés à des incendies ou à des explosions. La responsabilité est attribuée au propriétaire du navire et peut être limitée au montant d'une assurance ou d'une autre garantie financière, en vertu de tout régime national ou international applicable, par exemple la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes, telle qu'elle a été amendée. Il n'est pas prévu de financement complémentaire.

65. Ensemble, les trois conventions – la Convention sur la responsabilité, la Convention SNPD et la Convention sur les hydrocarbures de soute – constituent un régime intégré régissant la responsabilité pour la pollution du milieu marin due à des substances provenant de navires.

**3. Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin (1977)**

66. À la suite de l'explosion d'un puits sauvage au large des côtes californiennes en 1972, la communauté internationale a pris conscience des risques de pollution liés à l'exploitation de plus en plus intense des gisements d'hydrocarbures marins. Préoccupés en particulier par les activités de forage en mer du Nord, à l'initiative du Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, les États riverains de la mer du Nord se sont réunis à Londres en vue de négocier une convention sur la responsabilité pour les dommages dus à la recherche et à

<sup>94</sup> Pour le texte, voir le document de l'OMI LEG/CONF.10/8/2. Voir aussi *35 ILM* (1996) 1415.

<sup>95</sup> Pour le texte, voir le document de l'OMI LEG/CONF.12/DC/1.

l'exploitation de ressources minérales du sous-sol marin. Leurs travaux ont abouti à l'adoption de la Convention de 1977 sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin<sup>96</sup>.

67. La Convention prévoit la responsabilité objective de l'exploitant de l'installation, sauf dans les cas qu'elle définit (art. 3). Toutefois, l'exploitant est en droit de limiter sa responsabilité à 30 millions de DTS pour les cinq premières années suivant l'ouverture de la Convention à la signature et à 40 millions de DTS par la suite (art. 6). Pour pouvoir se prévaloir de la limitation de responsabilité prévue par la Convention, l'exploitant doit avoir et conserver une assurance ou une autre garantie financière du montant correspondant (art. 8). Les États peuvent toutefois décider que les dommages dus à la pollution dont la cause unique est un acte de sabotage ou de terrorisme ne doivent pas être couverts par cette assurance ou cette garantie financière. Les demandes d'indemnisation peuvent être introduites devant les tribunaux du pays dans lequel le préjudice a été subi ou devant ceux du pays qui exerce des droits souverains exclusifs sur la zone maritime où se trouve l'installation (art. 11). Jusqu'à présent, la Convention n'a été ratifiée par aucun État, dans la mesure où, à peu près au moment où elle a été négociée, les compagnies pétrolières ont, parallèlement, négocié entre elles un accord sur la responsabilité, intitulé Offshore Pollution Liability Agreement<sup>97</sup>. En vertu de cet accord, en cas d'accident, l'exploitant est responsable pour la totalité des dommages occasionnés. S'il est insolvable, les parties à l'Accord assument la responsabilité, jusqu'à concurrence de 100 millions de dollars, le montant des indemnités à verser étant réparti entre eux.

#### **4. Règlement de 2000 relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques**

68. Pour rappel, les parties XI et XII et l'annexe III de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer portent sur la protection de l'environnement et sur la responsabilité pour la pollution du milieu marin<sup>98</sup>. Le 13 juillet 2000, l'Assemblée de l'Autorité internationale des fonds marins, créée en application de la Convention, a approuvé le Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques dans la Zone<sup>99</sup>. Ce règlement prévoit notamment qu'il ne doit pas être entrepris d'activités de prospection s'il y a de bonnes raisons de craindre un dommage grave pour le milieu marin et qu'une fois les activités de prospection commencées, tout incident qui cause un dommage grave au milieu marin doit être signalé au Secrétaire général. En outre, l'exploitant qui mène des activités d'exploration dans la Zone doit entreprendre des études préliminaires, procéder à

<sup>96</sup> Pour le texte, voir *16 ILM* (1977)1450.

<sup>97</sup> Pour le texte de l'accord, voir *13 ILM* (1974)1409.

<sup>98</sup> Voir les articles 139, 145, 209, 215 et 235 et l'article 22 de l'annexe III de la Convention. Aux fins de la Convention, on entend par « Zone » les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale (art. 1, par. 1). Pour le texte de la Convention, voir *Le droit de la mer : Texte officiel de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 et de l'Accord concernant l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 avec Index et extraits de l'Acte final de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.97.V.10).

<sup>99</sup> Le Règlement figure dans l'annexe au document de l'Autorité internationale des fonds marins paru sous la cote ISBA/6/A/18.

une évaluation des effets éventuels des activités d'exploration sur le milieu marin et prendre des mesures pour pouvoir faire face à tout incident susceptible de causer un dommage grave au milieu marin. Il doit aussi avertir l'Autorité de tout incident susceptible de causer un dommage grave et l'Autorité est habilitée à prendre des mesures d'urgence, aux frais du contractant, s'il ne prend pas ces mesures lui-même. Le contractant est responsable « du dommage effectif, s'agissant notamment de dommages causés au milieu marin, imputable à des actes ou omissions illicites de sa part ». Il est aussi responsable en cas d'actes ou omissions illicites de ses employés, sous-traitants, ou agents et de toutes autres personnes agissant pour son compte. Sa responsabilité s'étend au coût des mesures raisonnables prises pour prévenir ou limiter les dommages affectant le milieu marin, compte tenu de la part de responsabilité imputable à l'Autorité à raison de ses propres actes ou omissions.

69. Il est à noter<sup>100</sup> que le Règlement fait appel à deux notions, celle de « dommages graves » et celle de « dommages » occasionnés au milieu marin. Il n'est pas précisé si ces deux termes ont le même sens. Le terme « dommages graves » est défini comme une « modification défavorable considérable du milieu marin », mais le terme « dommage » n'est pas défini. En outre, la définition des « dommages graves » est incomplète, puisque la modification en question doit être « déterminée conformément aux règles, règlements, procédures et directives adoptés par l'Autorité, sur la base des normes et des pratiques internationalement reconnues ». L'Autorité devrait donc poursuivre ses travaux. Le contractant n'est pas tenu de prendre en charge les dépenses afférentes à la régénération ou à la remise en état du milieu marin, lorsque celles-ci sont possibles. Il s'agit là d'une lacune quelque peu difficile à expliquer, d'autant plus que la responsabilité prévue est une responsabilité pour faute. Il est clair également que la référence aux « dommages effectifs » a pour objet de limiter l'obligation de l'exploitant aux dommages quantifiables et d'exclure la spéculation et les calculs théoriques (comme dans le cas du Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures).

##### **5. Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux (1999)**

70. Dans le domaine du transport international de produits dangereux, on citera le Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux (1999), qui est plus récent et prévoit un mécanisme un peu plus complexe de prise en charge de la perte et d'attribution de la responsabilité<sup>101</sup>. Ce protocole s'applique aux dommages résultant des mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux. Il prévoit, comme les autres instruments examinés, une responsabilité objective mais limitée. Toutefois, la responsabilité n'est pas attribuée au transporteur ou à l'importateur comme dans le cas de la Convention sur la responsabilité ou de la Convention portant création du Fonds. Le producteur, l'exportateur, l'importateur et l'éliminateur sont susceptibles de voir leur responsabilité engagée à différentes étapes. Pendant que les déchets sont en transit, la responsabilité incombe à celui qui informe les États intéressés du trajet proposé.

<sup>100</sup> Pour une analyse du Règlement adopté par l'Autorité internationale des fonds marins et des observations à ce sujet, voir Louise de La Fayette, *supra*, note 4, p. 173 à 177.

<sup>101</sup> Pour le texte, voir UNEP/CHW.5/29.

Il s'agit en général du producteur ou de l'exportateur. Plus tard, lorsque les déchets ont été reçus, c'est l'éliminateur qui est responsable de tout dommage. Si les déchets sont déclarés dangereux par l'État importateur et non par l'État exportateur, l'importateur est aussi responsable jusqu'à ce que l'éliminateur en ait pris possession.

71. L'article 4 du Protocole couvre les cas où il n'y a pas de notification, l'exportateur étant alors responsable jusqu'à ce que l'éliminateur prenne possession des déchets. De même, en cas de réimportation, l'auteur de la notification est responsable à partir du moment où les déchets dangereux quittent le site d'élimination et jusqu'au moment où l'exportateur, le cas échéant, ou l'éliminateur suivant, prend possession desdits déchets. En n'attribuant pas la responsabilité à celui qui a la responsabilité opérationnelle des déchets au moment de l'accident, le Protocole semble s'être écarté du principe du pollueur-payeur<sup>102</sup>.

72. Le paragraphe 5 de l'article 4 définit les cas où la responsabilité des intéressés n'est pas engagée. Une fois encore, ces cas sont semblables à ceux qui sont prévus dans la Convention sur la responsabilité. Un cas supplémentaire est toutefois prévu : si le dommage résulte entièrement du respect d'une mesure obligatoire de la puissance publique de l'État sur le territoire duquel il s'est produit. Le paragraphe 6 de l'article 4 dispose que si deux ou plusieurs personnes sont responsables, le demandeur a le droit de requérir l'indemnisation totale du dommage par l'une des personnes ou toutes les personnes responsables.

73. L'article 7 est également digne d'intérêt dans la mesure où, contrairement à ce que prévoit la Convention sur la responsabilité, lorsqu'il n'est pas possible de distinguer la part des dommages revenant aux déchets visés par le Protocole de celle revenant aux déchets qui ne le sont pas, on considère que la totalité du dommage est visée par le Protocole.

74. Les dommages sont définis au paragraphe 2 c) de l'article 2 comme :

- a) La perte de vies humaines ou tout dommage corporel;
- b) La perte de tout bien autre que les biens appartenant à la personne responsable du dommage conformément au Protocole;
- c) La perte de revenus qui proviennent directement d'un intérêt économique fondé sur l'exploitation de l'environnement, résultant d'une atteinte à l'environnement, compte tenu de l'épargne et des coûts;
- d) Le coût des mesures de restauration de l'environnement endommagé, lequel est limité au coût des mesures effectivement prises ou devant l'être; et
- e) Le coût des mesures préventives, y compris toute perte ou dommage résultant de ces mesures, dans la mesure où le dommage est causé par les propriétés dangereuses des déchets faisant l'objet du mouvement transfrontière et de l'élimination tels que visés par la Convention.

---

<sup>102</sup> Voir Christopher Bernasconi, *Civil Liability Resulting From Transfrontier Environmental Damage: A case for the Hague Conference? Conférence de La Haye sur le droit privé international, Document préliminaire No 8, avril 2000, établi à l'attention de la Commission spéciale de mai 2000 sur les affaires générales et la politique de la Conférence*, p. 11.

75. Les « mesures de restauration » sont définies comme « toute mesure jugée raisonnable visant à évaluer, remettre en état ou restaurer des éléments de l'environnement endommagés ou détruits ». La législation nationale peut stipuler qui sera habilité à adopter de telles mesures [art. 2, par. 2 d)].

76. Les « mesures préventives » se définissent comme « toute mesure jugée raisonnable prise par toute personne pour faire face à un incident, en vue de prévenir, réduire au minimum ou limiter les pertes ou les dommages, ou assainir l'environnement » [art. 2, par. 2 e)]<sup>103</sup>.

77. C'est aux Parties contractantes qu'il appartient de fixer les limites de la responsabilité financière dans leur législation nationale, mais le Protocole fixe les montants minimum en son annexe B.

78. L'article 15 du Protocole, lu en conjonction avec la décision V/32, qui concerne l'utilisation du Fonds d'affectation spéciale pour la coopération technique, prévoit, à titre provisoire, un mécanisme d'indemnisation supplémentaire qui s'applique lorsque l'indemnisation prévue par le Protocole ne couvre pas la valeur totale des dommages. Il s'agit d'un fonds établi par la Conférence des parties à la Convention de Bâle, auquel ont seuls accès les pays en développement et les pays en transition<sup>104</sup>.

79. L'article 13 fixe un délai pour l'introduction des demandes d'indemnisation. L'article 17 définit les juridictions qui ont compétence pour statuer sur les demandes d'indemnisation. Il s'agit uniquement des tribunaux des Parties contractantes du lieu où : a) le dommage a été subi, b) l'incident a eu lieu; ou c) le défendeur a son domicile ou son principal établissement. Chaque Partie contractante s'assure que ses tribunaux ont compétence pour examiner ces demandes d'indemnisation. L'article 18 vise à éviter que des affaires portant sur le même sujet et impliquant les mêmes parties soient portées simultanément devant différents tribunaux et prévoit que les actions connexes sont regroupées et jugées par un même tribunal d'une des Parties contractantes pour éviter que des jugements inconciliables résultent de procédures distinctes. L'article 21 prévoit, sauf dans certains cas, notamment lorsque des considérations d'ordre public entrent en jeu, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des jugements du tribunal compétent d'une des Parties contractantes par toute autre Partie contractante, pourvu que les formalités exigées par cette Partie contractante aient été accomplies, étant entendu qu'il ne s'agit pas de procéder à une révision au fond de la demande.

80. Les autres dispositions clefs du Protocole sont les suivantes :

a) Une responsabilité pour faute est imputée, à titre supplémentaire, à la personne dont le non-respect des dispositions de la Convention, la préméditation,

---

<sup>103</sup> La référence aux dépenses afférentes à l'évaluation des dommages, dans la définition des mesures de restauration, ainsi que l'expression « assainir l'environnement », sont des nouveautés par rapport aux autres traités sur la responsabilité et sont considérées comme un progrès dans l'évolution du droit. Par contre, le fait qu'il n'est pas fait référence à l'obligation d'introduire des éléments équivalents lorsque la faune et la flore d'origine ne peuvent être rétablies est considéré comme un pas en arrière. On considère toutefois que par rapport au régime de la Convention sur la responsabilité, qui ne tient compte que des dommages occasionnés à des personnes ou à des biens, l'accent est davantage mis sur les dommages causés à l'environnement en soi. Voir Louise de La Fayette, *supra*, note 4, p. 166 et 167.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 167.

l'imprudence, la négligence ou les omissions délictueuses sont à l'origine des dommages;

b) Toute personne responsable dispose d'un droit de recours contre toute autre personne également responsable aux termes du Protocole, comme expressément prévu par des arrangements contractuels ou en application du droit du tribunal compétent;

c) L'assurance et les autres garanties sont obligatoires;

d) Les dispositions du Protocole ne portent pas atteinte aux droits et obligations des Parties contractantes relevant des principes de droit international en matière de responsabilité des États;

e) Selon l'article 3, le Protocole s'applique aux dommages résultant d'incidents survenant au cours du mouvement transfrontière ou de l'élimination de déchets dangereux et d'autres déchets, y compris le trafic illicite, à partir du moment où les déchets sont chargés sur des moyens de transport à l'intérieur des limites de la juridiction de l'État d'exportation;

f) Toujours selon l'article 3, il y a plusieurs cas où le Protocole ne s'applique pas : quand seul l'État importateur ou seul l'État exportateur est partie au Protocole ou quand ni l'un ni l'autre ne le sont, et quand les dispositions d'un autre accord multilatéral ou régional en vigueur s'appliquent, en ce qui concerne la responsabilité et l'indemnisation, pour des dommages résultant d'un incident survenu durant la même étape d'un mouvement transfrontière.

## 6. Dommages nucléaires et responsabilité

81. La responsabilité en matière de dommages nucléaires est régie par plusieurs conventions, dont la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire de 1960 (telle que modifiée en 1964 et 1982)<sup>105</sup>, conclue sous les auspices de l'Agence européenne pour l'énergie nucléaire et de l'Organisation de coopération et de développement économiques, et l'Accord complémentaire de Bruxelles de 1963<sup>106</sup>, la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires de 1963 (telle que modifiée par un protocole de 1997)<sup>107</sup> et la Convention de Vienne sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires de 1997<sup>108</sup>. En vertu de ces conventions, l'exploitant assume une responsabilité de premier rang, qui est forfaitaire et limitée. En deuxième rang, vient une réparation complémentaire par le biais de fonds qui doivent être créés par l'État où se trouve l'installation. À cela s'ajoute, au troisième rang, une réparation provenant du fonds commun constitué sur une base équitable par toutes les parties contractantes. L'article V 2) de la Convention de Vienne telle que modifiée par le Protocole de 1997 fixe à 5 millions de DTS le montant minimum auquel il est possible de limiter la responsabilité. Il est loisible à un État de fixer dans sa législation un montant minimum analogue conformément à l'article 7 b) de la Convention de Paris (telle que modifiée en 1982).

<sup>105</sup> Pour les textes, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 956, p. 251; *UKTS* (1968) 69; *UKTS* (1989) 6.

<sup>106</sup> Pour le texte, voir 2 *ILM* (1963) 685.

<sup>107</sup> Pour les textes, voir 2 *ILM* (1963) 727 et 36 *ILM* (1997) 1462.

<sup>108</sup> Pour le texte, voir 36 *ILM* (1997) 1473.

82. Toutefois, conformément à la Convention de Paris, les indemnités payables pour des dommages causés au moyen de transport sur lequel les installations nucléaires se trouvaient au moment de l'accident [art. 7 c)] ou les versements faits au titre des intérêts ou dépens liquidés par un tribunal saisi d'une action en réparation [art. 7 g)] n'ont pas pour effet de réduire le montant minimum dû par l'exploitant responsable. De même, dans de tels cas, le montant minimum de la responsabilité n'est pas affecté, conformément à la Convention de Vienne modifiée [art. IV 6) et VA 1)]. Par ailleurs, en vertu de l'article 1A 1) de la Convention de Vienne modifiée et de l'article 7 d) de la Convention de Paris, l'exploitant assume la responsabilité des dommages nucléaires, quel que soit le lieu où ils sont subis<sup>109</sup>. Ceci constitue une amélioration par rapport au libellé antérieur de la Convention de Vienne.

83. L'État où se trouve l'installation peut prévoir un seuil de responsabilité moins élevé, mais la Convention de Vienne modifiée l'oblige à combler la différence en prenant les dispositions nécessaires pour que des fonds publics soient alloués jusqu'à concurrence du montant fixé à l'article V 1). En vertu de cet alinéa,

« l'État où se trouve l'installation peut limiter la responsabilité de l'exploitant pour chaque accident nucléaire :

- a) Soit à un montant qui n'est pas inférieur à 300 millions de DTS;
- b) Soit à un montant qui n'est pas inférieur à 150 millions de DTS sous réserve qu'au-delà de ce montant et jusqu'à concurrence d'au moins 300 millions de DTS des fonds publics soient alloués par cet État pour réparer le dommage nucléaire;
- c) Soit, pour une période maximum de 15 ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Protocole, à un montant transitoire qui n'est pas inférieur à 100 millions de DTS en ce qui concerne un accident nucléaire survenant pendant cette période. Un montant inférieur à 100 millions de DTS peut être fixé à condition que des fonds publics soient alloués par cet État pour réparer le dommage nucléaire entre ce montant inférieur et 100 millions de DTS. »

84. Le montant maximum de la responsabilité des exploitants est beaucoup plus élevé que celui fixé antérieurement dans la Convention de Vienne (5 millions de dollars) et dans la Convention de Paris [à peine 15 millions de DTS, selon l'article 7 b)].

85. Pour des montants excédant 300 millions de DTS ou pendant une période transitoire de 10 ans, l'État où se trouve l'installation doit allouer un montant transitoire de 150 millions de DTS. Conformément à l'article III de la Convention

<sup>109</sup> Toutefois, l'État où se trouve l'installation peut décider que la Convention n'est pas applicable à des dommages subis sur le territoire d'un État non contractant, lorsque cet État a une installation nucléaire sur son territoire ou dans une zone maritime établie conformément au droit international de la mer et qu'il n'accorde pas des avantages équivalents et réciproques. Pareille exclusion n'affecte pas les droits que l'article 2 a) reconnaît aux personnes qui demandent une réparation lorsqu'une partie des dommages ont été subis dans un des États contractants et que les tribunaux de cet État sont compétents pour connaître des demandes de réparation. De même, cette exclusion n'affecte pas le droit de demander réparation de dommages subis à bord d'un navire ou d'un aéronef se trouvant dans la zone maritime d'un État non contractant ou subis par un tel navire ou aéronef.

de Vienne de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires, un montant additionnel doit être versé à titre de réparation grâce à des fonds publics alloués par toutes les autres parties contractantes selon une formule précisée à l'article IV de la Convention. Ce montant pourrait être supérieur à 1 milliard de dollars des États-Unis. Cette réparation additionnelle ne peut être accordée qu'aux États parties à la Convention de 1994 sur la sûreté nucléaire<sup>110</sup>.

86. La Convention de Vienne telle que modifiée établit la responsabilité objective de l'exploitant. Celui-ci peut cependant s'exonérer de toute responsabilité lorsque le dommage résulte d'actes de conflit armé, d'hostilités, d'une guerre civile ou d'une insurrection. Si l'exploitant prouve que le dommage résulte, en totalité ou en partie, d'une négligence grave de la personne qui l'a subi ou que cette personne a agi ou omis d'agir dans l'intention de causer un dommage, le tribunal compétent peut, si son droit en dispose ainsi, dégager l'exploitant, en totalité ou en partie, de l'obligation de réparer le dommage subi.

87. De plus, les actions en réparation doivent être intentées dans les délais prescrits (art. I). L'exploitant est tenu de maintenir une assurance ou toute autre garantie financière (art. VII). L'exploitant a un droit de recours (art. X). L'article XI traite de la compétence des tribunaux qui peuvent connaître des actions en réparation. En règle générale, il s'agit des tribunaux de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'accident nucléaire s'est produit. Si le lieu de l'accident ne peut être déterminé avec certitude, les tribunaux de l'État où se trouve l'installation dont relève l'exploitant responsable sont compétents pour connaître de ces actions. Si l'accident est survenu en partie en dehors du territoire de toute partie contractante et en partie sur le territoire d'une seule partie contractante, la compétence est attribuée aux tribunaux de cette dernière. Lorsque les tribunaux de plus d'une partie contractante peuvent être compétents, la question de la compétence est réglée par accord entre les parties. En tout état de cause, il doit être acquis que les tribunaux d'un seul des États contractants sont compétents pour connaître des actions en réparation pour tout accident nucléaire.

88. Le dommage nucléaire est défini selon les mêmes axes que ceux du Protocole de Bâle. Il n'est pas prévu de réparation pour le dommage causé à l'environnement *per se*. Toutefois, tous les chefs de dommage sont exposés clairement. Il s'agit des dommages causés aux personnes ou aux biens et de cinq autres chefs de dommages, sous réserve qu'ils doivent être considérés comme recevables au regard de la législation du tribunal compétent. Il s'agit des dommages suivants : dommage immatériel résultant d'un décès ou d'un dommage aux personnes, ou d'une perte de biens ou d'un dommage aux biens; coût des mesures de remise en état d'un environnement dégradé; manque à gagner découlant d'un intérêt économique en relation avec l'utilisation ou une jouissance quelconque de l'environnement qui résulte d'une dégradation importante de l'environnement; coût des mesures préventives et toute autre perte ou tout autre dommage causé par de telles mesures;

---

<sup>110</sup> Pour le texte, voir 33 *ILM* (1994) 1518. Afin de permettre au plus grand nombre possible d'États de bénéficier des avantages de la Convention de Vienne de 1997, la participation ne se limite pas aux États parties à la Convention de Vienne de 1963, mais vise également les États parties à la Convention de Paris, ainsi que tout État non partie à l'une ou l'autre desdites Conventions, dès lors que sa législation se conforme aux mêmes principes de base définissant la responsabilité en matière d'accidents nucléaires. Voir les articles XVIII et XIX. Ces conditions, auxquelles doivent satisfaire les États non parties aux Conventions de Paris et de Vienne, sont exposées dans une annexe.

tout autre dommage immatériel, si le droit général du tribunal compétent en matière de responsabilité civile le permet.

89. La Convention de Vienne modifiée définit également les « mesures de remise en état », les « mesures préventives » et les « mesures raisonnables ». Les mesures de remise en état sont des mesures raisonnables approuvées par les autorités compétentes de l'État dans lequel elles sont prises. Elles visent à restaurer ou à rétablir les éléments endommagés ou détruits de l'environnement, ou à introduire, lorsque cela est raisonnable, l'équivalent de ces éléments dans l'environnement. Par ailleurs, seules les personnes habilitées à cet effet par la loi de l'État dans lequel le dommage est subi peuvent prendre de telles mesures. Des conditions restrictives (autorisation des autorités compétentes de l'État et législation de celui-ci) ont été introduites pour éviter des réactions disproportionnées et des précautions injustifiées, et visent à prévenir des demandes excessives.

90. Les mesures préventives s'entendent de toutes mesures raisonnables prises par quiconque après qu'un accident nucléaire est survenu pour prévenir les dommages ou les réduire au minimum. Elles ne peuvent être prises qu'avec l'autorisation des autorités compétentes de l'État, si la loi l'exige.

91. Les mesures raisonnables s'entendent des mesures qui sont considérées comme appropriées et proportionnées en vertu du droit du tribunal compétent, eu égard à toutes les circonstances, par exemple, la nature et l'ampleur du dommage subi ou du risque d'un tel dommage, ou la probabilité que ces mesures seront efficaces, ou leur compatibilité avec des connaissances scientifiques et techniques pertinentes.

## 7. Convention de Lugano en matière d'activités dangereuses (1993)

92. La Convention adoptée en 1993 par le Conseil de l'Europe concernant la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, dite Convention de Lugano<sup>111</sup>, ne s'étend pas aux dommages causés par des substances nucléaires ou par le transport de marchandises ou de substances dangereuses<sup>112</sup>. Elle ne vise que des activités stationnaires, y compris

<sup>111</sup> Pour le texte, voir 32 *ILM* (1993) 128. La Convention n'est pas encore entrée en vigueur. Voir *supra*, note 4.

<sup>112</sup> Cet aspect de la responsabilité est couvert par la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure de 1989 (CRTD), conclue sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies. Ladite Convention établit une responsabilité objective (art. 5) et ne comporte que des exonérations des plus limitées. La responsabilité est orientée vers le transporteur, dans les limites énoncées à l'article 9. La Convention applique aux dommages les grands principes des conventions CLC et reprend délibérément à son compte la définition du dommage par pollution de 1984. Elle envisage donc essentiellement les dommages aux personnes et aux biens à travers le prisme des dommages à l'environnement et prévoit, sans autre précision, une indemnisation du coût des mesures préventives et des mesures raisonnables de restauration de l'environnement. La Convention prévoit une responsabilité solidaire pour les dommages causés au cours du chargement ou du déchargement des marchandises. Elle oblige le transporteur à couvrir sa responsabilité par une assurance ou une autre garantie financière (art. 13). La Convention n'envisage pas un financement complémentaire, mais il est loisible à un État contractant d'invoquer une réserve à l'effet de relever les limites de la responsabilité ou de supprimer celles-ci en cas de dommages découlant d'accidents survenus sur son territoire. La Convention formule cependant une réserve : la Convention n'est applicable que si le dommage est causé par un événement qui se produit sur le territoire d'un des États parties et si les victimes résident sur le territoire de cet État. Autrement dit, les dommages transfrontières imputables à

l'élimination de déchets dangereux. Elle définit une « activité dangereuse » comme une activité impliquant la production, la culture, la manipulation, le stockage, l'utilisation, le rejet, la destruction, l'élimination, la libération de substances ou la préparation ou l'exploitation d'installations ou de sites de stockage, de recyclage ou d'élimination de déchets présentant un risque significatif pour « l'homme, l'environnement ou les biens », y compris les substances énumérées dans une annexe et les organismes génétiquement modifiés<sup>113</sup>.

93. La Convention impose à l'exploitant une responsabilité objective pour des activités ou des substances dangereuses. Toutefois, il n'y a pas de limite quantitative à cette responsabilité qui traduit donc de façon assez rigoureuse le principe pollueur-payeur. Le dommage, qui est défini de façon large, englobe la dégradation de l'environnement, tout comme les dommages aux personnes et aux biens. À cet effet, l'environnement est défini largement et comprend les ressources naturelles, les biens qui composent l'héritage culturel et « les aspects caractéristiques du paysage ». Cependant, mis à part le manque à gagner, le recouvrement des coûts de réparation au titre de la dégradation est limité aux coûts des mesures raisonnables<sup>114</sup> de prévention et de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront.

---

l'événement ne sont pas couverts. Ceci explique la tiédeur manifestée jusqu'ici à l'égard de la Convention par de nombreux États, et l'absence de toute ratification de la Convention, laquelle n'est donc pas encore entrée en vigueur. À ce jour, on ne compte que deux signataires, l'Allemagne et le Maroc. Pour le texte, voir ECE/TRANS/79 (1989).

<sup>113</sup> On entend par organisme génétiquement modifié « tout organisme dont le matériel génétique a été modifié d'une manière qui ne s'effectue pas naturellement par multiplication et/ou par recombinaison naturelle ». Ceci ne comprend cependant pas les organismes génétiquement modifiés obtenus par mutagenèse, à condition que la modification génétique ne comporte pas l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés comme organismes récepteurs, et les plantes obtenues par fusion cellulaire (y compris la fusion protoplasmique) sous réserve d'une condition analogue; voir art. 2 3).

<sup>114</sup> La limitation du recouvrement des coûts aux mesures raisonnables de prévention et de remise en état figure également dans la Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires. Toutefois, contrairement à cette dernière convention, qui confie à l'État sur le territoire duquel les mesures sont prises le soin de se prononcer sur le caractère de celles-ci, la Convention de Lugano, à l'instar de certains autres conventions, permet aux tribunaux de définir en dernier ressort ce qui constitue des mesures raisonnables. Une des orientations proposées à cet égard consiste à rejeter le calcul abstrait des dommages ou des demandes de réparation concernant des éléments non quantifiables des dommages causés à l'environnement. Voir Edward Brans, « Liability and Compensation for Natural Resource Damage under the International Oil Pollution Conventions » (Responsabilité et réparation des dommages causés aux ressources naturelles conformément aux conventions internationales concernant la pollution par les hydrocarbures), 5 *RECIEL* (1996) 297, p. 301. Une orientation plus autorisée sur cette question est fournie par le Groupe des commissaires de la Commission d'indemnisation des Nations Unies en ce qui concerne les demandes d'indemnisation présentées par des gouvernements au titre d'activités de contrôle et d'évaluation entreprises pour recenser et évaluer les dommages causés aux ressources environnementales et naturelles du fait de l'invasion et de l'occupation du Koweït par l'Iraq. Selon cette opinion, pour présenter une demande d'indemnisation d'activités de contrôle et d'évaluation, il n'est pas nécessaire au préalable d'administrer la preuve concluante d'un dommage à l'environnement. Pareilles activités, lorsqu'elles ont un caractère purement théorique ou spéculatif ou qu'elles ne présentent qu'un lien ténu avec les dommages consécutifs à l'invasion et à l'occupation, ne pourraient pas donner lieu à indemnisation, mais le Groupe de commissaires a examiné au cas par cas le caractère raisonnable des activités de contrôle et d'évaluation. En outre, une recommandation formulée dans une étude portant sur le contrôle et l'évaluation ne saurait en aucun cas préjuger le bien-fondé d'une demande d'indemnisation prenant appui sur une telle

94. Les mesures de remise en état comprennent les mesures visant à introduire, « si c'est raisonnable », l'équivalent des éléments détruits ou endommagés de l'environnement, par exemple lorsqu'une restauration à l'identique s'avère impossible.

95. Au nombre des causes d'exonération de responsabilité figurent la guerre, les hostilités, les phénomènes naturels de caractère exceptionnel et irrésistible, l'acte commis par un tiers, le respect d'un ordre ou d'une mesure impérative spécifiques émanant d'une autorité publique, ou encore une pollution « d'un niveau acceptable eu égard aux circonstances locales pertinentes ... ou une activité dangereuse menée licitement dans l'intérêt de la victime<sup>115</sup> ». Les actions en réparation se prescrivent dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance du dommage, et en tout cas 30 ans au plus tard à compter de la date de l'accident. La responsabilité de l'exploitant doit être couverte par une assurance ou autre garantie financière. La compétence est régie par les dispositions de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>116</sup>.

## 8. Responsabilité et indemnisation : le modèle des Communautés européennes

96. La Commission des Communautés européennes a étudié la question de la responsabilité et de l'indemnisation des dommages environnementaux en vue de présenter une proposition au Parlement européen et au Conseil de l'Union européenne. L'idée est de favoriser l'adoption d'ici à 2003 d'une législation européenne sur la responsabilité sans faute pour dommages à l'environnement<sup>117</sup>. Après des consultations et débats approfondis au sein des instances compétentes, la Commission a établi une proposition pour l'élaboration d'une directive sur la responsabilité environnementale<sup>118</sup>. Ce projet de directive ne s'applique pas aux dommages traditionnels (dommages corporels et dommages aux biens)<sup>119</sup>. Il ne

---

étude. Voir Mojtaba Kazazi, « Environmental Damage in the Practice of the UN Compensation Commission » (Les dommages causés à l'environnement dans la pratique de la Commission d'indemnisation des Nations Unies), dans Bowman and Boyle, *supra*, note 4, p. 111 à 131 et p. 128 et 129.

<sup>115</sup> Art. 8.

<sup>116</sup> 8 *ILM* (1969) 229.

<sup>117</sup> On notera qu'une action au niveau de l'Union européenne est nécessaire pour faire face efficacement aux problèmes des sites pollués et des pertes de biodiversité parce que : a) il y a quelque 300 000 sites effectivement ou potentiellement pollués; b) les coûts de la dépollution partielle varient de 55 à 108 milliards d'euros; c) tous les États Membres n'ont pas adopté de législation en la matière; la plupart des législations nationales ne font pas obligation aux pouvoirs de dépolluer les sites orphelins; et d) en l'absence d'un cadre harmonisé au niveau communautaire, les acteurs économiques pourraient tirer parti des différences dans l'approche des États Membres pour réaliser des montages juridiques artificiels dans l'espoir de se soustraire à leurs responsabilités. Pour le texte, voir *supra*, note 4, p. 5 et 6.

<sup>118</sup> On trouvera une liste des organisations consultées dans *ibid.*, annexe I, p. 66 à 68. Pour un résumé de leurs vues, voir p. 70 et 71.

<sup>119</sup> Voir article 3 8). Un livre blanc antérieur en disposait autrement. Les raisons ci-après ont été invoquées pour expliquer l'évolution à cet égard : de tels dommages n'ont pas leur place dans un régime qui vise à réaliser des objectifs environnementaux ambitieux et à mettre en oeuvre dans une mesure significative les principes de prévention et « pollueur-payeur »; les dommages traditionnels relèvent uniquement de la responsabilité civile; et des travaux supplémentaires sont nécessaires pour harmoniser les diverses initiatives internationales sectorielles et mettre au point

s'applique pas non plus : lorsque la responsabilité ou l'indemnisation est régie par les conventions relatives à la responsabilité civile visées au paragraphe 3 de l'article 3; aux risques ou dommages environnementaux nucléaires ni à la menace imminente de tels dommages qui peuvent résulter d'activités relevant du traité établissant l'Agence internationale de l'énergie atomique; et aux dommages pouvant résulter d'un incident ou d'une activité à l'égard desquels la responsabilité ou l'indemnisation est régie par les accords sur la responsabilité civile énumérés au paragraphe 4 de l'article 3. De plus, il ne s'applique pas aux activités dont l'unique objet est de servir la défense nationale (art. 3, par. 7). Enfin, il ne s'applique pas aux dommages environnementaux ni à la menace imminente de tels dommages causés par une pollution à caractère étendu et diffus, lorsqu'il est impossible d'établir un lien de causalité entre les dommages et les activités de tel ou tel exploitant.

97. La proposition adopte le principe de la responsabilité sans faute mais *non de la responsabilité limitée*<sup>120</sup> pour les dommages découlant de l'une des activités professionnelles visées à l'annexe I du projet comme comportant un risque actuel ou potentiel pour l'homme ou l'environnement<sup>121</sup>. C'est l'exploitant qui a causé le dommage ou est confronté à la menace imminente d'un tel dommage qui est responsable. Ceci est conforme au principe selon lequel le pollueur doit payer, qui est le fondement de la politique environnementale de la Communauté européenne (art. 174 du Traité CE). L'exploitant est aussi tenu de prendre à sa charge les dépenses (raisonnables) de prévention et de remise en état, notamment le coût de l'évaluation du dommage environnemental ou de la menace imminente d'un tel dommage<sup>122</sup>.

98. L'article 16 n'impose pas aux exploitants d'obligations rigoureuses en matière d'assurance ou autre forme de garantie financière, et les encourage seulement à en acquérir. Pour les auteurs du projet, cela n'est pas un inconvénient, puisque les risques que le régime doit couvrir sont plus faciles à calculer et à gérer. On estime en outre qu'une certaine souplesse est nécessaire pendant les premières années de mise en oeuvre, puisque le régime comporte un certain nombre d'inconnus pour les assureurs et autres fournisseurs de garanties financières<sup>123</sup>.

---

des instruments internationaux relatifs à la responsabilité civile complétant les accords internationaux relatifs à l'environnement. Ibid., p. 19.

<sup>120</sup> Une évaluation de la possibilité d'introduire un plafond devrait être entreprise dans les trois ans de l'entrée en vigueur de la directive. Voir *supra*, note 4, annexe III, p. 59. La question de la responsabilité limitée se pose également en ce qui concerne l'assurabilité du risque de dommage et l'indemnisation. Toutefois, les plafonds présentent des avantages et des inconvénients. Abaisser les plafonds améliorerait l'assurabilité mais réduirait le coût du respect des normes et donc la dissuasion. D'autre part, la proposition laisse aux États membres le soin de fixer les modalités de l'assurance financière lorsqu'ils appliquent la directive. Ibid., p. 9.

<sup>121</sup> Les activités professionnelles englobent les activités à but non lucratif ainsi que celles exécutées par des entreprises ou établissements publics. Ibid., p. 29.

<sup>122</sup> Article 7. L'article lui-même, à la différence des dispositions correspondantes de plusieurs autres conventions, n'utilise pas le terme « raisonnable ». Mais l'on assume que cette limitation serait inhérente au principe. Voir Edward Brans, « The EC White Paper on Environmental Liability and the Recovery of Damages for Injury to Public Natural Resources », dans Bowman et Boyle, *supra*, note 4, p. 328 (note 22).

<sup>123</sup> Ibid., p. 19.

99. Néanmoins, en vertu de l'article 8, en cas de dommage à la biodiversité<sup>124</sup> ou de menace imminente d'un tel dommage découlant de l'exercice d'une activité professionnelle autre que celles visées à l'annexe I, l'exploitant n'est pas responsable s'il n'est pas établi qu'il a commis une faute ou une négligence<sup>125</sup>. Il serait par contre tenu de prendre à sa charge, en application de l'article 10, les coûts liés aux mesures préventives qu'il était tenu de prendre en tout état de cause.

100. Le « dommage » est défini comme une « modification négative mesurable d'une ressource naturelle et/ou une détérioration mesurable d'un service lié à des ressources naturelles, qui peut survenir de manière directe ou indirecte ».

101. Le « dommage environnemental » s'entend des dommages à la biodiversité, des dommages affectant les eaux et des dommages affectant les sols. Par « ressource naturelle », on entend, à cette fin, la biodiversité, l'eau et le sol, y compris le sous-sol.

102. Lorsque les mesures préventives ou de réparation sont prises par l'autorité compétente ou par un tiers agissant en son nom, les coûts doivent être recouvrés auprès de l'exploitant dans un délai de cinq ans. Par « mesures préventives », on entend toute mesure prise en réponse à un événement, un acte ou une omission qui a créé une menace imminente de dommage environnemental, afin de prévenir ou de minimiser ce dommage. En outre, par « réparation » on entend toute action, ou combinaison d'actions, visant à restaurer, réhabiliter ou remplacer les ressources naturelles endommagées et/ou les services liés à des ressources naturelles détériorés ou à fournir une alternative équivalente à ces ressources et/ou services, notamment la réparation primaire ou la régénération naturelle et la réparation compensatoire, c'est-à-dire toute action de réparation entreprise en des lieux différents de ceux où les ressources naturelles et/ou les services ont subi le dommage, ainsi que toute action entreprise afin de compenser les pertes intermédiaires<sup>126</sup>.

<sup>124</sup> La « biodiversité » est définie dans la proposition par renvoi à des directives antérieures de la CEE ou comme désignant les habitats et espèces non couverts par ces directives et pour lesquels des zones de protection ou de conservation ont été désignées en application de la législation nationale pertinente. Voir art. 2, par. 2, *supra*, note 4, p. 40. Il est indiqué que la définition de la « diversité biologique » qui figure à l'article 2 de la Convention sur la diversité biologique ne pouvait être considérée comme adaptée, notamment en ce qui concerne la responsabilité liée aux organismes génétiquement modifiés. La définition figurant dans cette convention va en effet au-delà des habitats et des espèces et englobe la notion de « variabilité » des organismes vivants. Une telle approche, selon la proposition, soulève la question délicate de la quantification du dommage et du seuil à partir duquel la responsabilité serait engagée. Cela ne préjuge cependant pas de nouveaux développements sur cette question, notamment dans le cadre de la mise en oeuvre de la Convention sur la diversité biologique et du Protocole sur la biosécurité; *ibid.*, p. 19 et 20.

<sup>125</sup> La proposition de la Commission d'exclure les formes traditionnelles de dommage et de limiter la définition du dommage à la biodiversité en renvoyant aux espèces et habitats protégés est critiquée. Selon un commentateur, elle « limite sérieusement l'utilité du régime proposé et son applicabilité aux dommages causés par des organismes génétiquement modifiés ». Voir Ruth Mackenzie, « Environmental Damage and Genetically Modified Organisms », dans Bowman et Boyle, *supra*, note 4, p. 75.

<sup>126</sup> Lorsqu'un dommage est causé à des ressources naturelles, l'objectif de la réparation tel que défini par la proposition est de parvenir à une solution équivalente et non de rétablir la situation qui aurait existé si l'incident n'avait pas eu lieu quel que soit le coût. *Supra*, note 4, p. 7. On estime que les coûts de remise en état peuvent généralement être estimés plus précisément et facilement que la valeur des ressources naturelles endommagées. Voir *Ohio c. DOI*, cité dans

103. Aux termes de l'article 9, la responsabilité de l'exploitant est exclue dans certains cas : événements échappant à son contrôle, tels que conflits armés, hostilités, guerres civiles ou insurrections; phénomènes naturels de nature exceptionnelle, inévitable et irrésistible; émissions; ou événements autorisés par les lois et règlements applicables ou par le permis ou l'autorisation délivrés à l'exploitant, et émissions ou activités qui n'étaient pas considérées comme néfastes en l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment où l'émission ou l'activité ont eu lieu, dès lors que l'exploitant n'a pas commis de négligence; dommages causés intentionnellement par un tiers; et dommages dus au respect de règles ou de règlements émanant d'une autorité publique<sup>127</sup>. La responsabilité de l'exploitant est aussi exclue lorsqu'il s'agit d'une personne agissant en tant que liquidateur qui a respecté les dispositions nationales applicables et ne commet par ailleurs aucune faute ou négligence.

104. Aux termes de l'article 6, les États membres doivent veiller à ce que les mesures nécessaires de prévention et de réparation soient prises lorsque, sans préjudice de la responsabilité de l'exploitant, celle-ci ne peut être mise en oeuvre. Tel peut être le cas lorsque l'exploitant ne peut être identifié, lorsqu'il n'a pas les moyens financiers de prendre toutes les mesures nécessaires de prévention ou de réparation, ou lorsqu'il n'est pas tenu, en vertu de la directive, de supporter le coût de ces mesures. Les modalités d'application de ces dispositions sont néanmoins laissées aux États.

105. Le projet prévoit également que des entités qualifiées telles que des groupes d'intérêts et des organisations non gouvernementales se verront conférer un rôle particulier s'agissant d'assurer le bon fonctionnement du régime, étant donné l'absence d'intérêts propriétaires en ce qui concerne, par exemple, la biodiversité. En cas de menace imminente de dommage ou de dommage effectif à l'environnement, les personnes affectées ou les entités qualifiées seraient habilitées, dans certaines situations et circonstances, à demander à l'autorité compétente d'agir.

---

Edward Brans, *supra*, note 122, p. 331. Voir également M. J. Mazzotta *et. al.*, « Natural Resource Damage Assessment: The Role of Resource Restoration », *34 Natural Resources Journal* (1994) 167. L'annexe II de la proposition envisage d'autres solutions raisonnables en matière de réparation et engage l'autorité compétente à évaluer ces options en appliquant plusieurs critères : a) les effets de chaque option sur la santé et la sécurité publiques; b) le coût de l'option; c) les perspectives de réussite de chaque option; d) la mesure dans laquelle chaque option empêchera tout dommage ultérieur, et la mesure dans laquelle la mise en oeuvre de cette option évitera des dommages collatéraux; e) la mesure dans laquelle chaque option a des effets favorables pour chaque composant de la ressource ou du service naturel. Si plusieurs options sont susceptibles de fournir la même valeur, c'est la moins coûteuse qui doit être choisie. Entre autres dispositions, les autorités compétentes doivent de plus inviter les personnes sur le terrain desquelles les mesures réparatrices doivent être appliquées à présenter leurs observations, dont elles doivent tenir compte. *Supra*, note 4, p. 51 à 53. La proposition semble donc adopter une approche similaire à celle adoptée par les États-Unis d'Amérique dans le cadre de l'évaluation des dommages causés aux ressources naturelles qui accompagnait la loi de 1980 relative à la responsabilité, l'indemnisation et l'intervention en cas de dommages à l'environnement [*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act* (CERCLA)]. Pour une analyse de cette dernière, voir Edward Brans, *op. cit.*, p. 332 à 334.

<sup>127</sup> Toutefois, le respect des dispositions d'un permis ou d'une autorisation n'est pas un moyen de défense. *Ibid.*, p. 29.

106. Le fonctionnement du système proposé sera examiné périodiquement sur la base de rapports que les États membres doivent présenter à la Commission et dans lesquels ils exposent l'expérience qu'ils ont acquise, afin de permettre à la Commission d'évaluer l'impact du régime sur le développement durable et de décider s'il échet de le revoir.

## 9. Dommages causés par des objets spatiaux

107. La Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux est la seule convention existante prévoyant une responsabilité de l'État par opposition à la responsabilité civile<sup>128</sup>. Elle fait supporter une responsabilité absolue à l'« État de lancement », qui est défini comme : a) un État qui procède ou fait procéder au lancement d'un objet spatial; et b) un État dont le territoire ou les installations servent au lancement d'un objet spatial. L'État de lancement est tenu de réparer les dommages causés par ses objets spatiaux à la surface de la Terre ou aux aéronefs en vol. Le terme « dommages » désigne la perte de vies humaines, les lésions corporelles ou autres atteintes à la santé, ou la perte de biens d'État ou de personnes, physique ou morale, ou de biens d'organisations internationales.

108. Les dispositions de cette convention n'ont été appliquées que dans une seule affaire de dommages imputables à une activité spatiale<sup>129</sup>. Le 24 janvier 1978, un satellite soviétique propulsé par un petit réacteur nucléaire s'est désintégré au-dessus des Territoires du Nord-Ouest du Canada. Le Canada demandait une indemnisation en réparation du préjudice causé par les fragments radioactifs du satellite en invoquant la Convention et les principes généraux du droit international. Il n'y a pas eu de dommages spécifiques.

109. Néanmoins, le Canada a dépensé 13 970 143,66 dollars canadiens pour découvrir, enlever et analyser les morceaux du satellite qui étaient éparpillés sur les terres gelées de l'Arctique. Selon le Canada, les coûts de nettoyage et de prévention du danger potentiel au territoire de l'État et à ses habitants devaient être considérés comme relevant de la notion de dommages aux biens retenue dans la Convention. Les demandes invoquant le droit international général étaient quant à elles formulées avec beaucoup de prudence. Le but des dépenses encourues par le Canada était d'évaluer les dommages, de limiter les dommages effectifs et de réduire au minimum le risque de nouveaux dommages ainsi que de rétablir un environnement dans l'état qui était le sien avant l'incident. Après de longues négociations, l'Union soviétique a accepté de verser au Canada environ la moitié du montant que demandait ce dernier au titre des opérations de nettoyage.

110. L'interprétation canadienne de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux a néanmoins été approuvée par l'Assemblée générale dans les « Principes relatifs à l'utilisation de sources d'énergie nucléaire dans l'espace », qu'elle a adoptés dans sa résolution 47/68 du 14 décembre 1992. Le Principe 9 concerne la responsabilité et l'indemnisation. Le paragraphe 3 applique le principe aux dommages causés par les objets spatiaux ayant à bord une source d'énergie nucléaire, et le paragraphe 3 indique que « la réparation inclut le remboursement des dépenses dûment justifiées

<sup>128</sup> Pour le texte de cette convention, voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 187. La Convention est entrée en vigueur le 1er septembre 1972.

<sup>129</sup> Pour un compte rendu récent de l'incident, voir Louise de La Fayette, *supra*, note 4, p. 172.

qui ont été engagées au titre des opérations de recherche, de récupération et de nettoyage, y compris le coût de l'assistance de tierces parties ». On pourrait ainsi considérer ce texte comme une interprétation faisant autorité de la notion de « dommage » dans le cadre de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux. Pour certains, ce précédent devrait être élargi afin que la notion de « dommage » consacrée dans cette convention englobe le coût de l'enlèvement des débris d'objet spatial et de la remise de l'environnement en l'état où il se serait trouvé si le dommage ne s'était pas produit<sup>130</sup>.

## 10. Activités dans l'Antarctique

111. Des négociations sont également en cours, bien qu'avec moins de succès, sur la conclusion éventuelle d'une ou plusieurs annexes relatives à la responsabilité pour les dommages découlant des activités menées dans l'Antarctique et relevant du Protocole relatif à la protection de l'environnement du Traité sur l'Antarctique conclu à Madrid en 1991<sup>131</sup>. Ce protocole a suspendu la Convention antérieure de 1988 sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique<sup>132</sup> conclue par les États parties au Traité sur l'Antarctique. L'article 7 du Protocole interdit toute activité relative aux ressources minérales. L'article 17 prévoit l'élaboration par les États parties d'une ou plusieurs annexes concernant la responsabilité.

112. Initialement, les travaux de mise en place d'un régime de responsabilité ont été confiés à un groupe d'experts juridiques et se sont ultérieurement poursuivis dans le cadre de la Réunion consultative des parties au Traité. Plusieurs questions ont été examinées, et des propositions précises ont été présentées en ce qui concerne le champ d'application, la définition du dommage (dont on a dit qu'il devait être « important et durable »), le critère de la responsabilité, les exonérations et les limites, le quantum des dommages et intérêts, l'obligation de prendre des mesures d'intervention et de remise en état, la responsabilité de l'État et le règlement des différends<sup>133</sup>. Toutefois, il n'a pas été possible de parvenir à un accord sur ces questions. En outre, les États ne semblent guère prêts à admettre la responsabilité de l'État lorsque celui-ci n'agit pas en tant qu'exploitant, excepté dans les circonstances étroitement définies.

113. L'une des questions controversées est celle de savoir si l'exploitant devrait être responsable des dommages qui ont été identifiés et acceptés dans le cadre d'une évaluation environnementale globale. En l'état actuel des négociations<sup>134</sup>, les travaux semblent surtout axés sur la protection et la préservation de l'environnement

<sup>130</sup> Ibid., p. 73.

<sup>131</sup> Pour le texte, voir 30 *ILM* (1991) 1451.

<sup>132</sup> Pour le texte, voir 27 *ILM* (1991) 868.

<sup>133</sup> Les débats sur ces questions ont déjà été évoqués dans P. S. Rao, deuxième rapport sur la prévention, document A/CN.4/501, p. 20 et 21.

<sup>134</sup> Pour le compte rendu le plus récent des débats sur la responsabilité en relation avec l'Antarctique, voir Louise de La Fayette, *supra*, note 1, p. 177 à 181. Une organisation non gouvernementale, l'Antarctic and Southern Ocean Coalition (ASOC), s'est déclarée vivement préoccupée par l'absence de progrès. Pour certaines propositions et observations précises concernant le dernier projet, qui doit être examiné à la réunion consultative prévue à Madrid en 2003, voir ASOC, document d'information 77, point 89 de l'ordre du jour, disponible sur le site Web de l'organisation : <www.asoc.org>.

fragile de l'Antarctique et sur les mesures d'intervention d'urgence. Les dommages traditionnels aux personnes et aux biens qui relèvent de la responsabilité civile ne sont pas envisagés. La dernière réunion consultative des parties au Traité sur l'Antarctique, qui a eu lieu à Saint-Pétersbourg en juillet 2001, a examiné une annexe de portée plus limitée proposée par les États-Unis d'Amérique sur la responsabilité encourue lorsque les mesures d'intervention d'urgence n'ont pas été prises. Cette proposition ne couvre pas les dommages causés par la pollution ou la dégradation progressives ou chroniques. D'une manière générale, les États sont réticents à élaborer une convention générale sur la responsabilité.

## **B. Modèles de répartition de la prise en charge des pertes : quelques traits communs**

114. Les différents modèles de répartition de la prise en charge des pertes que nous avons observés présentent de façon générale quelques traits communs. Ils confirment que la responsabilité de l'État est exceptionnelle et n'est acceptée que dans le seul cas des activités menées dans l'espace extra-atmosphérique. La responsabilité, dans le cas d'un dommage qui n'est pas insignifiant ni négligeable mais qui est plus qu'appréciable ou démontrable, est imputée<sup>135</sup>, dans le cas d'opérations stationnaires, à l'exploitant de l'installation. Il existe d'autres possibilités. Dans le cas de navires, la responsabilité est imputée au propriétaire, et non à l'exploitant. Cela signifie que les affréteurs – qui peuvent être les exploitants effectifs – ne sont pas responsables en vertu de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures. En vertu du Protocole de Bâle, les producteurs, exportateurs, importateurs et éliminateurs de déchets sont tous potentiellement responsables à différentes étapes de la circulation des déchets. Le véritable principe sous-jacent est, non pas que les « exploitants » sont toujours responsables, mais que la partie qui a le contrôle le plus effectif du risque au moment de l'accident est rendue responsable au premier chef.

115. La responsabilité de la personne qui exerce le contrôle de l'activité est objective ou absolue dans le cas d'activités dangereuses ou porteuses de risque. Cela est justifié en tant que reconnaissance nécessaire du principe du « pollueur-payeur<sup>136</sup> ». Il faut ajouter que le principe du « pollueur-payeur » élude le plus

<sup>135</sup> Selon Goldie, les conventions relatives à la responsabilité dans le domaine nucléaire ont marqué le début de la nouvelle tendance consistant à répercuter la responsabilité sur l'exploitant « sans considération de la chaîne de causalité, ni des facteurs entrant en jeu (à l'exception d'un nombre très limité de facteurs exonérateurs) ». Voir L. F. E. Goldie, « Concepts of Strict and Absolute Liability and the Ranking of Liability in terms of Relative Exposure to Risk », *XVI Netherlands Yearbook of International Law* 174-248 (1985), p. 196. Sur ce point, voir également les mêmes auteurs, « Liability for Damage and the Progressive Development of International Law », *14 ICLQ* (1965), p. 1215 à 1218.

<sup>136</sup> Goldie a affirmé que « la clef de la responsabilité dans ce domaine de la responsabilité objective tient à l'exigence que des activités présentant des risques exceptionnels supportent leur part de la charge, dans la mesure où les idées socialement admises de justice distributive exigent que soient indemnisées les atteintes à la sécurité personnelle, aux biens ou à l'agrément par un dommage résultat des opérations conduites par une entreprise ». « C'est-à-dire que les entreprises qui créent des risques ne devraient pas, en dépit de problèmes philosophiques, éthiques, voire factuels d'identification du lien causal, être autorisées à transférer les coûts de l'atteinte qu'elles portent à des avantages socialement acceptés sur les victimes potentielles. »

souvent la question de savoir qui est le pollueur. Il est répondu à cette question par différents systèmes de répartition de la prise en charge de la perte, qui varient en fonction des circonstances<sup>137</sup>. Ainsi, le régime actuellement convenu à l'échelle internationale en ce qui concerne la responsabilité et l'indemnisation en cas de pollution par les hydrocarbures prévoit un partage de la responsabilité entre le propriétaire du navire et le propriétaire de la cargaison. Dans le cas d'accidents nucléaires en Europe occidentale, les risques qui ne sont pas assurés sont supportés d'abord par l'État dans lequel l'installation est située puis, au-dessus d'un certain niveau, par un fonds d'indemnisation auquel les gouvernements participants contribuent à proportion de leur capacité nucléaire installée et de leur produit national brut. Dans ce cas, le principe fondamental est, non pas de faire payer le pollueur mais d'assurer un partage équitable du risque, avec une forte composante de subventions étatiques.

116. L'exemple de la gestion des risques résultant d'installations nucléaires dans les États d'Europe orientale est encore plus intéressant. Certains gouvernements d'Europe occidentale représentant un vaste groupe de victimes potentielles d'un éventuel accident ont financé les travaux nécessaires pour améliorer les normes de sécurité. Les États riverains du Rhin ont adopté une approche analogue afin de convaincre les autorités françaises de réduire la pollution provenant de leurs mines de potasse.

117. La responsabilité objective est reconnue dans plusieurs pays du monde appartenant à tous les systèmes juridiques<sup>138</sup>. Dès lors, il est loisible de considérer

---

Voir *ibid.*, p. 189 et 190. Sur la différence entre responsabilité objective et absolue, le même auteur précise que la responsabilité absolue est une forme de « responsabilité plus objective qu'objective ». Il explique que « les règles exonératoires qu'ont développé les tribunaux pour atténuer la rigueur de la responsabilité des défendeurs dans le cadre de la jurisprudence *Rylands v. Fletcher* (1868) LR 3 HL (et celles qui ont été développées au sein de juridictions reconnaissant la doctrine alternative des activités présentant un risque exceptionnel) rendent l'adjectif « absolu » quelque peu inapproprié; d'où la préférence, dans les coutumes de la *common law*, pour l'expression « responsabilité objective ». En revanche, dans cet article, le terme « absolu » a été repris, a expliqué Goldie, « pour indiquer que nous avons désormais affaire à une forme de responsabilité plus rigoureuse que celle habituellement qualifiée d'« objective », en particulier dans la sphère internationale ». *Ibid.*, p. 194. Il est noté que près de huit exceptions pourraient s'appliquer à la règle de la responsabilité absolue énoncée par la jurisprudence *Rylands v. Fletcher*. *Ibid.*, note 50, p. 196.

<sup>137</sup> Birnie et Boyle, *supra*, note 72, p. 94, donnent des exemples de différents modes de répartition de la prise en charge de la perte. Les auteurs notent que dans de tels cas, « ce qui importe est de savoir *comment* est partagée la responsabilité et comment est financée l'indemnisation : se demander qui est le pollueur ne répondra pas à ces questions, encore moins dans le cas d'opérations complexes comme le transport de déchets dangereux ». Voir aussi P. S. Rao, premier rapport sur le prévention, A/CN.4/487/Add.1, par. 73 à 86, en particulier le paragraphe 84 et la note 73 pour d'autres exemples de répartition des risques et des pertes.

<sup>138</sup> La responsabilité objective a été retenue pour réglementer la responsabilité environnementale par la Suède, la Norvège, l'Allemagne, le Luxembourg, le Danemark et la Finlande. Voir Brian Jones, *supra*, note 5, p. 14. Selon une étude entreprise par la Commission européenne en relation avec sa proposition de directives sur la responsabilité environnementale (*supra*, note 4), en 1995, 40 États des États-Unis d'Amérique avaient institué un régime de responsabilité objective pour le coût de la décontamination de certains sites présentant une menace pour la santé humaine et les systèmes écologiques. Cela vient s'ajouter à la législation fédérale de 1980 (CERCLA). Voir « An Analysis of the Preventive Effects of Environmental Liability: Environmental Liability, Location and Emissions Substitution: Evidence from the Toxic Release Inventory », 30 octobre 2001, p. 3; disponible sur <[www.europa.eu.int/comm/environment/](http://www.europa.eu.int/comm/environment/)>

qu'il s'agit, soit d'un principe général du droit international soit, en tout état de cause, d'une mesure de développement progressif du droit international<sup>139</sup>. Dans le cas d'activités qui ne sont pas dangereuses mais comportent tout de même le risque de causer un dommage significatif, il est peut-être plus justifié de relier la responsabilité à la faute ou à la négligence.

118. Lorsque l'obligation de réparer est fondée sur une responsabilité objective, il est également courant de limiter la responsabilité aux montants qui seraient en général assurables. Dans le cas contraire, si un fonds d'indemnisation n'existe pas, l'imputation d'une responsabilité objective, par exemple, au seul propriétaire du pétrolier, sans tenir compte des propriétaires de la cargaison, ne serait pas raisonnable ni défendable. Dans la plupart des systèmes qui prévoient une responsabilité limitée mais objective, l'exploitant est tenu d'obtenir une assurance et d'autres sûretés financières appropriées pour bénéficier du système.

119. Le système de responsabilité limitée peut être critiqué comme n'incitant pas suffisamment l'exploitant à prendre des mesures plus strictes de prévention. Si les limites sont fixées trop bas, cela pourrait même devenir une autorisation de polluer ou de causer des dommages à autrui, et d'externaliser les coûts réels de l'exploitant. On estime également que ce système n'est peut-être pas de nature à répondre à toutes les demandes et réclamations légitimes de victimes innocentes pour obtenir réparation dans le cas d'un dommage<sup>140</sup>. On fait valoir que, tout compte fait, la responsabilité pour faute pourrait peut-être mieux servir les intérêts des victimes innocentes et que cette notion mérite d'être retenue à titre d'option. Il n'est pas exceptionnel que, dans le cas d'une responsabilité pour faute, on laisse à la victime la possibilité de recourir de façon libérale aux règles de preuve et de déduction. Par un renversement de la charge de la preuve, l'exploitant peut être tenu de démontrer

---

liability/preventive.htm>. Voir aussi les références antérieures à l'étude de Mahnoush H. Arsanjani, « No-fault liability from the perspective of the general principles of law » citée dans le deuxième rapport sur la responsabilité internationale de Barboza, *supra*, note 15, note 61, p. 163; Gunther Handl, « State Liability For Accidental Transnational Environmental Damage By Private Persons », 74 *AJIL* (1980), p. 553 (« il devrait être possible de partir du postulat que la responsabilité objective pour des activités anormalement dangereuses existe en tant que principe du droit international général actuel »).

<sup>139</sup> Voir la prudence du Groupe de travail constitué en 1996 par la Commission quant à l'idée de considérer la responsabilité sans faute comme un principe général du droit international, *supra*, note 25. Goldie semble partager la prudence de la Commission. Après avoir examiné certaines justifications et théories favorables à la responsabilité objective, il affirme que « dans la mesure où ces théories justifient l'exigence d'une responsabilité objective pour des produits et opérations, elles n'ont reçu qu'une acceptation très restreinte dans les systèmes juridiques du monde ». En conséquence, « leur acceptation par le droit international correspondrait incontestablement à un développement progressif », *ibid.*, p. 210.

<sup>140</sup> Il a été observé que, vu les limites imposées à la responsabilité dans de nombreuses conventions récentes, pour des raisons essentiellement économiques, « il est utile de revenir aux théories fondamentales de la responsabilité quasi délictuelle, que les réglementations ont évitées : à savoir les actions fondées sur la responsabilité pour faute ». Alexander Kiss et Dinah Shelton, *International Environmental Law* (1991), p. 375. Voir aussi Boyle, *supra*, note 51, où l'auteur note que le principe de la responsabilité objective, malgré toutes ses promesses, « ne peut peut-être pas couvrir intégralement ces coûts transfrontières ». L'auteur note en outre que, bien que moins lourde que la responsabilité objective, la responsabilité pour manquement à l'obligation de diligence, peut, dans la pratique, entraîner une obligation de réparation plus large », p. 366.

qu'il a pris toutes les précautions attendues d'une personne responsable et prudente, d'une manière proportionnelle aux risques de l'opération<sup>141</sup>.

120. La plupart des régimes de responsabilité concernant des activités dangereuses prévoient des sources de financement complémentaires pour répondre aux demandes de dommages-intérêts et, en particulier, pour supporter les frais des mesures d'intervention et de remise en état qui sont indispensables pour contenir le dommage et pour rétablir la valeur des ressources naturelles et des aménagements collectifs touchés.

121. Les sources complémentaires de financement sont créées à deux titres différents. Il s'agit tout d'abord de fonds publics inscrits dans le budget national. En d'autres termes, l'État assume une partie de la charge de la perte créée par le dommage. L'autre partie, cependant, est imputée à un fonds commun alimenté par des contributions, soit des exploitants du même type d'activité dangereuse, soit d'entités pour l'avantage direct desquelles l'activité dangereuse ou porteuse de risque est exercée. Il n'est pas souvent indiqué expressément quel type de fonds – celui créé par les exploitants ou par les bénéficiaires, ou celui créé par l'État – fournirait, à titre prioritaire, la réparation lorsque les limites de la responsabilité de l'exploitant auront été atteintes. Dans le cas de mesures de remise en état et d'intervention, il est même stipulé que l'État ou tout autre organisme public qui intervient pour prendre de telles mesures pourrait ultérieurement recouvrer les coûts de ces opérations sur l'exploitant.

### C. Éléments de responsabilité civile

122. Pour comprendre pleinement le régime de responsabilité civile, qui est axé sur la responsabilité de l'exploitant, on peut noter certains de ses éléments.

123. En *common law*, les principaux moyens judiciaires permettant d'obtenir réparation d'un préjudice résultant d'un dommage transfrontière reposent sur différents fondements. Le concept de *nuisance*, qui vise un trouble excessif et anormal à l'utilisation ou à la jouissance privative d'un bien immobilier, est l'un d'entre eux. Celui de *trespass*, qui offre une cause d'action en cas d'intrusion physique directe et immédiate dans la propriété d'autrui, en est un autre. Celui de *negligence* et la règle de la responsabilité objective énoncée dans l'affaire *Rylands v. Fletcher* ont également été la cause de plusieurs demandes dans le cadre de la *common law*. De plus, la doctrine du *public trust* dans laquelle l'État est envisagé comme un « trustee » chargé d'administrer les ressources naturelles, et celle des droits de riveraineté (droits des propriétaires riverains d'un cours d'eau) offrent

<sup>141</sup> Brian Jones, *supra*, note 5, p. 22. L'auteur note : « Si quelque chose, dans les affaires de dommage environnemental, rend particulièrement problématique pour les demandeurs la démonstration d'une faute, ce pourrait être un bon argument pour modifier les règles ordinaires de la responsabilité civile de manière à renverser la charge de la preuve. » L'auteur souligne également que « la différence, en définitive, entre la responsabilité pour faute et la responsabilité objective n'est peut-être pas aussi importante que cela est parfois suggéré ou imaginé. Même un régime de responsabilité objective peut comporter des conditions telles qu'il offre des moyens de défense permettant à un défendeur de se soustraire à la responsabilité dans certaines situations. De plus, même lorsque la responsabilité reste fondée sur la faute, l'expérience montre que les juges gardent la possibilité de décider s'il a été satisfait au critère de la faute sur la base de moyens de preuve relativement faibles ou mineurs. »

également une base pour demander réparation de tels dommages<sup>142</sup>. De même, dans un système de droit romano-germanique, l'obligation de réparer un dommage transfrontière peut avant tout résulter du droit régissant les relations de voisinage (obligation du propriétaire d'un bien ou d'une installation, en particulier s'il exerce des activités industrielles, de s'abstenir de tout abus de nature à nuire aux biens du voisin), d'une règle spéciale de responsabilité en raison de dommages causés à l'environnement, ou encore des principes généraux de la responsabilité civile (charge de la preuve, responsabilité objective assortie d'une exonération dans le cas de dommages dus à une cause indépendante comme un accident ou la force majeure)<sup>143</sup>.

124. Les différents fondements juridiques d'une action en réparation que l'on vient de rappeler soulèvent à leur tour d'autres problèmes juridiques.

### 1. Le problème du lien causal

125. Le principe de causalité est lié aux questions de prévisibilité et de proximité ou de perte directe. On note qu'une demande fondée sur la négligence pourrait être engagée pour obtenir l'indemnisation d'un dommage causé à un bien foncier si le demandeur établit que : a) le défendeur avait envers lui une obligation de se conformer à une norme de prudence précise; b) le défendeur a enfreint cette obligation; c) la violation par le défendeur de l'obligation a été la cause immédiate du dommage causé au demandeur; et d) le demandeur a subi un préjudice. En outre, certains types de dégradation de l'environnement, comme la contamination par des substances dangereuses, peuvent entraîner une responsabilité objective au regard de la *common law*, suivant la jurisprudence *Rylands v. Fletcher*. Dans l'affaire *Cambridge Water*<sup>144</sup>, la Chambre des lords a affirmé que le principe de prévisibilité s'appliquait non seulement à des demandes de réparation pour *negligence* et *nuisance*, mais aussi aux actions fondées sur la jurisprudence *Rylands v. Fletcher*. Selon Schoenbaum, les actions de *common law* pourraient couvrir différentes demandes de réparation de dommages transfrontières mettant en cause, par exemple, la pollution atmosphérique, la pollution de l'eau, la contamination du sol et des eaux souterraines, ainsi que la dégradation des zones humides et le rejet de substances toxiques. Toutefois, ajoute-t-il, cette jurisprudence de la *common law* est encore insuffisante pour la définition et la mesure des dommages<sup>145</sup>.

126. Les tribunaux de différents pays ont appliqué le principe et les notions de cause directe, causalité suffisante, prévisibilité et préjudice indirect. Il s'agit là d'une branche du droit extrêmement discrétionnaire et imprévisible. Plusieurs pays ont appliqué ces concepts avec des résultats différents. On peut indiquer que le critère de proximité paraît avoir été progressivement assoupli dans le droit moderne de la responsabilité quasi délictuelle. Une évolution a été constatée, depuis la stricte théorie de la condition *sine qua non* en passant par le critère de prévisibilité (pertinence) jusqu'à un critère de causalité moins rigoureux n'exigeant qu'une « imputation raisonnable » du dommage. En outre, le critère de prévisibilité pourrait

<sup>142</sup> Pour un examen des différents motifs d'action en *common law*, voir Thomas Schoenbaum, « Environmental Damages in the Common Law: An Overview », dans M. Bowman et A. Boyle, *supra*, note 4, p. 213 à 222.

<sup>143</sup> Pour un examen des différentes positions nationales sur ces aspects ou fondements de la responsabilité, voir Christophe Bernasconi, *supra*, note 102, p. 16 à 26.

<sup>144</sup> *Cambridge Water Co. v. Eastern Counties Leather, PLC* (1994) 2 AC 264 (HL).

<sup>145</sup> Thomas Schoenbaum, *supra*, note 142, p. 214 et 215.

perdre progressivement de son importance avec les progrès de la médecine, de la biologie, de la biochimie, des statistiques et d'autres domaines pertinents. Dès lors, on peut penser qu'il serait difficile d'inclure de tels critères dans un modèle analytique plus général de répartition de la charge des pertes<sup>146</sup>.

## 2. Respect de l'obligation de prudence

127. Le respect de l'obligation de prudence prescrite par la loi supposerait que soit apportée la preuve d'une faute ou d'une négligence, ou qu'il existe une responsabilité objective. Il faudrait aussi déterminer si le comportement est licite, raisonnable ou excessif. Toutefois, la preuve d'une faute n'est pas exigée de la partie lésée pour l'application du droit régissant les relations de voisinage dans le cadre du système romano-germanique. Il suffit de montrer que le dommage résultant de tel ou tel comportement a excédé les limites de la tolérance que se doivent mutuellement les voisins. Le critère permettant de déterminer l'excès en cause est la référence à une personne raisonnable de sensibilité moyenne.

128. En outre, en vertu de l'article 684 du Code civil suisse, qui prévoit l'application d'une responsabilité sans faute dans les rapports de voisinage, peu importe que l'activité ayant causé le dommage excessif soit licite ou non. Une autre question délicate concerne la valeur et la reconnaissance à accorder à une autorisation délivrée par un pays pour l'exercice sur son territoire d'une activité qui produit des effets dommageables excessifs dans le pays voisin. Le problème dans ce cas pourrait s'articuler autour du droit censé être applicable, à savoir le droit de l'État qui a accordé l'autorisation ou le droit de l'État où le dommage est survenu. Différentes réponses sont possibles en fonction de certaines options de principe. Par exemple, le droit de l'État qui a accordé l'autorisation sera privilégié si l'on fait prévaloir la règle étrangère et le lien entre cette règle et la situation qui a causé le dommage, ainsi que la nécessité d'exécuter la décision dans le pays ayant délivré l'autorisation. En revanche, le droit de l'État lésé sera privilégié si l'accent est mis sur la nécessité de se conformer à certaines normes matérielles minimales lors de l'octroi de l'autorisation, et de respecter le droit de l'État où le dommage s'est produit. Là encore, il n'y a aucune solution unique qui soit communément retenue<sup>147</sup>.

129. Dans le cadre de la *common law*, la responsabilité pour *nuisance* est nuancée par le principe d'accommodement mutuel entre propriétaires fonciers voisins. Le différend est jugé en fonction du point de savoir si l'ingérence est ou non raisonnable. Il pourrait y avoir chevauchement entre les actions pour *nuisance* et *negligence*<sup>148</sup> et entre les actions pour *nuisance* et *trespass*<sup>149</sup>, mais les fondements juridiques des décisions correspondantes sont différents. En outre, tandis qu'au Royaume-Uni la responsabilité objective est traitée comme une application particulière de la théorie de la *nuisance*, dans la pratique américaine, elle constitue plutôt une application du principe du « pollueur-payeur<sup>150</sup> ».

<sup>146</sup> Voir Peter Wetterstein, « A Proprietary or Possessory Interest: A *Conditio Sine Qua Non* for Claiming Damages for Environmental Impairment? » dans Peter Wetterstein (dir. publ.) *supra*, note 5, p. 40.

<sup>147</sup> Voir Christophe Bernasconi, *supra*, note 102, p. 41 à 44.

<sup>148</sup> Thomas Schoenbaum, *supra*, note 142, p. 214 (note 5).

<sup>149</sup> Christophe Bernasconi, *supra*, note 102, p. 17.

<sup>150</sup> Thomas Schoenbaum, *supra*, note 142, p. 214 (note 6).

### 3. Définition du dommage et de l'indemnisation

130. Même si un lien de causalité est établi, il peut se poser des questions délicates quant aux demandes ouvrant droit à indemnisation, par exemple pour préjudice économique, *pretium doloris*, invalidité permanente, préjudice d'agrément ou perte d'un consortium, ainsi qu'à l'évaluation du préjudice. De même, un dommage causé à un bien susceptible d'être réparé ou remplacé pourrait être indemnisé sur la base de la valeur de réparation ou de remplacement. Il est toutefois difficile d'indemniser des dommages causés à des objets ayant une valeur historique ou culturelle, si ce n'est sur la base d'évaluations arbitraires faites au cas par cas. En outre, l'existence du droit à indemnisation est d'autant moins certaine que le lien avec le bien endommagé est plus lâche et plus ténu. La question s'est également posée de savoir si un préjudice purement économique mettant en cause la perte du droit de jouir d'un aménagement public, mais sans entraîner une perte ou une atteinte personnelle directe à un droit de propriété, ouvre droit à indemnisation<sup>151</sup>. Des pertes purement économiques, comme celles subies par un hôtel, sont par exemple indemnisables en Suède ou en Finlande, mais ne le sont pas dans d'autres pays<sup>152</sup>.

#### a) Dommages à l'environnement en soi ou aux ressources naturelles

131. L'analyse qui précède des différents systèmes de répartition de la charge des pertes fait ressortir que, d'une manière générale, l'idée d'une responsabilité pour des dommages causés à l'environnement en soi ne bénéficie d'aucun appui. Cette restriction est cependant en partie tempérée lorsque, par suite de dommages à l'environnement, des dommages sont également causés aux personnes ou aux biens. En outre, dans le cas de dommages affectant des ressources naturelles ou l'environnement, on s'accorde aussi à reconnaître un droit à indemnisation ou à remboursement pour les frais supportés au titre de mesures de prévention ou d'intervention et de mesures de remise en état et de restauration raisonnables ou, dans certains cas, approuvées ou autorisées. En outre, dans le cas de certaines conventions, le droit à indemnisation est limité aux mesures *effectivement* entreprises, à l'exclusion de tout manque à gagner résultant de l'atteinte à l'environnement<sup>153</sup>. Certains pays, comme les États-Unis d'Amérique, le Canada, l'Italie, le Royaume-Uni, le Danemark, la Finlande, la Norvège et la France et, dans une certaine mesure, l'Allemagne, ont une législation spéciale fondée sur une responsabilité objective à cet effet<sup>154</sup>. Le critère du caractère « raisonnable » des

<sup>151</sup> Peter Wetterstein, *supra*, note 5, p. 32.

<sup>152</sup> Jan M. Van Dunne, « Liability for Pure Economic Loss: Rule or Exception? A Comparatist's View of the Civil Law – Common Law Split on Compensation of Non-Physical Damage in Tort Law », *Revue européenne de droit privé*, 1999, p. 397 à 428, cité dans Christophe Bernasconi, *supra*, note 102, p. 24 (note 108).

<sup>153</sup> Voir la Convention de Lugano et d'autres conventions précitées.

<sup>154</sup> Voir Peter Wetterstein, *supra*, note 5, p. 48. Sur la Convention CERCLA de 1980 et la loi sur la pollution par les hydrocarbures de 1990 des États-Unis, voir *supra*. Également, pour une analyse des mêmes instruments ainsi que pour un bref examen du traitement de la protection de l'environnement dans les lois internes de différents pays mettant en évidence certaines des différences existant entre ces approches nationales, voir Christophe Bernasconi, *supra*, note 102, p. 20 à 23 et 24 et 25. Dans le cas de la France, les tribunaux français ont interprété l'article 1384 du Code civil, qui ne concernait à l'origine que des cas exceptionnels de responsabilité pour des dommages causés par des choses telles que des animaux ou des bâtiments, comme emportant une responsabilité sans faute. Toutefois, la Fédération de Russie prévoit une responsabilité pour faute. Sur la question du calcul des dommages-intérêts, la Fédération de

mesures figure également dans de nombreuses conventions internationales. Plusieurs d'entre elles comportent également une définition du dommage et, en particulier, une définition des mesures de remise en état ouvrant droit à indemnisation. Des mesures « raisonnables » sont définies dans certains cas comme celles qui, dans le droit applicable par le tribunal compétent, sont considérées comme appropriées et proportionnées, eu égard à l'ensemble des circonstances<sup>155</sup>.

132. L'objectif est, non pas de restaurer l'environnement ni de le remettre dans son état d'origine mais de lui permettre de maintenir ses fonctions permanentes. Les dépenses engagées dans ce processus ne doivent pas en principe entraîner des dépenses disproportionnées par rapport aux résultats souhaités, et elles doivent être rentables. Sous réserve de ces considérations, si la remise en état ou la restauration de l'environnement n'est pas possible, il est raisonnable d'introduire l'équivalent de ces éléments dans l'environnement<sup>156</sup>.

#### b) Mesure du dommage

133. L'affaire de l'*Amoco Cadiz* (1978)<sup>157</sup> a illustré l'approche des tribunaux en ce qui concerne la mesure des dommages dans le cas d'atteintes à l'environnement. La France et d'autres parties lésées ont engagé une action devant un tribunal des États-Unis, après que des nappes d'hydrocarbures du pétrolier eurent causé d'importants dommages au littoral breton. L'action n'a pas été engagée dans le cadre de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures ni de la Convention relative au fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures parce que la France n'était pas partie à cette dernière convention à l'époque de l'accident. En outre, le montant d'indemnisation susceptible d'être alloué dans le cadre de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures était trop faible (quelque 77 millions de francs, soit un dixième de la somme réclamée), et on a estimé qu'il serait difficile de convaincre un tribunal français de l'existence d'une faute et d'une connivence permettant de

---

Russie définit des taux fixes d'indemnité, en attribuant à différents éléments naturels une valeur abstraite et arbitraire, compte tenu de leur importance écologique et commerciale. Lorsque cette valeur n'est pas fixée, il serait tenu compte des frais de remise en état de l'environnement pour déterminer les dommages-intérêts pécuniaires.

<sup>155</sup> Le Protocole d'amendement de 1997 de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires vise des facteurs tels que les suivants : a) la nature et l'ampleur du dommage subi ou, dans le cas des mesures préventives, la nature et l'ampleur du risque d'un tel dommage; b) la probabilité que ces mesures soient efficaces; et c) les connaissances scientifiques et techniques pertinentes. La Cour d'appel des États-Unis, dans l'affaire *Commonwealth of Puerto Rico c. The SS Zoe Colocotroni*, 628 F.2d 652 (1980), a affirmé que la question de savoir si les coûts de remise en état étaient raisonnables dépendait de facteurs tels que la faisabilité technique de la remise en état, l'aptitude de l'écosystème à se reconstituer naturellement et les dépenses nécessaires pour réhabiliter l'environnement affecté. Voir Wetterstein, *supra*, note 5, p. 47.

<sup>156</sup> Pour une analyse de la définition de l'environnement et des éléments du dommage à l'environnement susceptible d'être indemnisés, voir Barboza, onzième rapport sur la responsabilité internationale, A/CN.4/468, par. 3 à 37. Pour un exposé intéressant du problème du dommage, de la définition du préjudice, des effets défavorables et de l'évaluation du dommage, voir M. A. Fitzmaurice, « International Protection of the Environment », *RdC* 2001, vol. 293, p. 225 à 233.

<sup>157</sup> Pour un exposé de l'affaire, voir Alexander Kiss et Dinah Shelton, *supra*, note 140, p. 353 à 356.

tenir le propriétaire pour responsable. De plus, il n'était pas certain qu'un jugement français puisse être exécuté à l'encontre d'une société écran libérienne n'ayant pas d'actifs en France. Par ailleurs, il était improbable que la société mère, Standard Oil of Indiana, accepte de son plein gré d'assumer la responsabilité<sup>158</sup>. Les demandeurs réclamaient 2,2 milliards de dollars à titre d'indemnité pour : a) les opérations de nettoyage par des agents publics; b) les dons faits par les collectivités locales, et le temps des volontaires; c) le coût des matériels et équipements achetés pour le nettoyage; d) les frais relatifs à l'utilisation de bâtiments publics; e) la remise en état du littoral et des ports; f) la perte de jouissance; g) l'atteinte à la réputation et à l'image publique des villes; h) les demandes individuelles; et i) le dommage écologique.

134. Le tribunal n'a accordé que 85,2 millions de dollars. Cette somme couvrait les frais relatifs aux opérations de nettoyage par des agents publics, y compris leurs frais de voyage; le coût des matériels et équipements diminué de la valeur résiduelle des biens achetés, sous réserve que l'acquisition soit raisonnable, que les équipements aient été effectivement utilisés et que la valeur résiduelle puisse être démontrée; les frais relatifs à l'utilisation de bâtiments publics; et plusieurs demandes individuelles dont celles présentées par des hôtels, restaurants, campings et autres entreprises demandant de manière générale réparation du manque à gagner sur une année. Les demandes pour perte de jouissance et une demande de l'Union départementale des associations familiales ont été rejetées au motif que ces demandes n'étaient pas reconnues en droit français.

135. S'agissant du dommage écologique, le tribunal n'a pas accordé d'indemnité pour atteinte à la biomasse, la masse de matière vivante dans la mer et à la surface inférieure de la zone touchée, estimant que la responsabilité en cause était complexe, atténuée, spéculative et fondée sur une série de suppositions. Le tribunal a également estimé que le dommage concernait une « *res nullius* », pour laquelle nul n'était habilité à demander une indemnisation. Il a en outre considéré que l'indemnisation pour les dommages aux écosystèmes était couverte par celle accordée aux pêcheurs et aux associations de pêcheurs en raison de la réduction de leurs prises et des revenus correspondants. En revanche, le tribunal a accordé le remboursement des dépenses supportées par le Gouvernement français pour réintroduire des espèces qui avaient souffert de la pollution et de ses conséquences.

136. En définitive, l'expérience de l'*Amoco Cadiz* n'a pas été très favorable aux victimes. Le procès a duré 13 ans et les demandeurs ont dû produire une somme écrasante de preuves, ce qui a entraîné une réduction substantielle de la demande de l'État et une réduction massive des demandes des communes. En fin de compte, les communes bretonnes ont obtenu à peine un dixième de la somme réclamée.

137. Apparemment, l'expérience de l'*Amoco Cadiz* n'a fait que mettre en évidence l'importance que revêt l'existence d'un mécanisme institutionnalisé d'indemnisation<sup>159</sup>. Cette affaire peut être comparée au naufrage du *Tanio*, qui a également provoqué une pollution du littoral breton et n'a eu lieu que deux ans après celui de l'*Amoco Cadiz*, le 7 mars 1980. À cette époque, la Convention relative au Fonds international d'indemnisation était entrée en vigueur. Près de

<sup>158</sup> Voir, pour un exposé de la question, Emmanuel Fontaine, « The French Experience: “*Tanio*” and “*Amoco Cadiz*” Incidents Compared » dans Colin M. De La Rue (dir. publ.), *supra*, note 80, p. 103.

<sup>159</sup> Voir Emmanuel Fontaine, *op. cit.*, p. 104, et pour les détails de l'accident du *Tanio*.

100 requérants ont soumis des demandes au Fonds international d'indemnisation, pour un total de 527 millions de francs. Conformément aux principes appliqués par le Fonds, aucune demande au titre d'un dommage environnemental n'a été présentée. La demande de l'État français se rapportait aux dépenses de pompage du pétrole du navire naufragé, aux opérations de nettoyage et à la remise en état ainsi qu'aux sommes payées par l'État à des parties privées pour les dédommager de leurs pertes. La demande portait sur environ le double du montant disponible dans le cadre de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et du Fonds international d'indemnisation, c'est-à-dire 244 millions de francs, dont 22 millions représentaient le fonds de limitation du propriétaire du navire.

138. À l'issue de négociations, conformément à l'accord conclu, la somme à payer a été fixée à 348 millions de francs, ce qui a permis aux demandeurs d'obtenir le versement de près de 70 % de cette somme dans un délai de trois à cinq ans après l'accident.

#### 4. Qualité pour agir

139. La qualité pour agir se fonde généralement sur un droit réel ou un droit protégé et, dans le cas de dommages causés à un bien public, est réservée à une autorité gouvernementale<sup>160</sup>. Une autre cause d'action en *common law* tient à la règle du mandat public, qui trouve une plus grande application aux États-Unis. En vertu de cette règle, l'État détient un titre sur certaines ressources naturelles au bénéfice de ses citoyens. Ainsi, aux États-Unis, l'État, voire tout particulier, est habilité à intervenir en vue de protéger la faune et la flore ainsi que les autres ressources naturelles<sup>161</sup>. Ce droit est renforcé par la loi relative à la pollution par les hydrocarbures de 1990 ainsi que par d'autres lois portant réparation pour les dommages causés aux ressources naturelles, à savoir la loi fédérale relative à la lutte contre la pollution de l'eau ou loi relative à l'eau potable et loi *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*. Comme indiqué plus haut, aux termes de ces lois, les mandataires désignés peuvent intenter une action pour dommages causés aux ressources naturelles. Dans le système norvégien, les organisations et associations privées ont le droit de demander réparation<sup>162</sup>. La Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement<sup>163</sup> donne aux organisations non gouvernementales qualité pour agir dans l'intérêt général en matière d'environnement. L'article 2 5) stipule que le public touché ou susceptible d'être touché par une décision en matière d'environnement ou d'avoir un intérêt dans ladite décision est réputé avoir un intérêt.

140. La proposition de directive de la Commission européenne (voir sect. III.A.8 ci-dessus) confère également à certaines organisations non gouvernementales reconnues le droit d'intenter une action pour dommages à l'environnement.

<sup>160</sup> Peter Wetterstein, *supra*, note 5, p. 30 et 32.

<sup>161</sup> Voir Schoenbaum, *supra*, note 142, p. 216, note 30.

<sup>162</sup> Peter Wetterstein, « Environmental Damage in the Legal Systems of the Nordic Countries and Germany », dans M. Bowman and A. Boyle, *supra*, note 4, p. 223 à 242 et p. 237 et 242.

<sup>163</sup> Pour le texte, voir 38 *ILM* (1999) 517.

## 5. Compétence

141. La compétence pour connaître des demandes en réparation pourrait relever soit de l'État de la partie lésée ou de la victime, soit des tribunaux de l'État sur le territoire duquel l'activité produisant des conséquences préjudiciables a eu lieu. En la matière, la pratique des États n'est pas uniforme. La théorie de *forum non conveniens* entre en jeu, par exemple aux États-Unis, et il est loisible aux tribunaux de décider du for le plus favorable. En droit des États-Unis, la tendance est au respect du choix du demandeur, mais ce principe ne fait pas l'objet d'une application uniforme<sup>164</sup>.

142. Le principe consistant à permettre au demandeur de choisir le for pour connaître des affaires de dommages transfrontières semblait avoir été mieux accueilli aux termes de la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence juridique et l'exécution de jugement en matière civile et commerciale. Dans l'affaire *Handelskwekerij G. J. Bier c. Mines de potasse d'Alsace S. A.* (1976), la Cour européenne de justice a dit que l'article 5 3) de la Convention, qui confère la compétence « en matière délictuelle ou quasi délictuelle devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit », devrait être interprété comme signifiant que le choix du for entre l'État où le dommage a été subi et l'État où l'activité dommageable s'est produite était laissé au demandeur. Par conséquent, a fait observer la Cour, les deux lieux sont réputés être visés par l'article, le choix étant fait dans l'intérêt du demandeur. Dans le cas d'espèce, l'affaire a été renvoyée au tribunal de Rotterdam pour décision sur le fond. Ce tribunal s'était initialement déclaré incompétent dans cette affaire de pollution du Rhin par une société domiciliée en France. La société (Mines de potasse d'Alsace) avait déversé plus de 10 000 tonnes de chlorure par jour dans le Rhin en France, faisant ainsi subir des dommages à l'industrie horticole aux Pays-Bas. Les demandeurs néerlandais souhaitaient intenter des poursuites aux Pays-Bas plutôt qu'en France<sup>165</sup>.

143. Dans l'affaire *Oceanic Sun Line c. Fay*, la Haute Cour d'Australie a retenu le harcèlement comme norme à l'aune de laquelle serait jugé le désagrément causé au défendeur. Pour un commentateur, il serait ainsi difficile à toutes personnes résidant en Australie et à toutes sociétés installées dans le pays d'échapper à la compétence locale si elles étaient poursuivies en Australie par un étranger. Il a soutenu que la démarche de la Cour incitait les sociétés installées en Australie à adopter pour leurs activités à l'étranger des normes en matière de sécurité industrielle et d'environnement semblables à celles qui étaient exigées dans le pays<sup>166</sup>. Deux ans après l'arrêt dans l'affaire *Oceanic Sun*, la Haute Cour d'Australie a pris une décision encore plus stricte dans l'affaire *Voth c. Manildra Flour Mills*<sup>167</sup>. La Cour a soutenu qu'il aurait fallu qu'un tribunal australien soit « clairement inapproprié » pour qu'une suspension au chef de *forum non conveniens* soit accordée à un défendeur. Le succès relatif du règlement de l'affaire *Ok Tedi – Dagi et consorts c. BHP* – tenait à l'approche de l'Australie en matière de *forum non conveniens*<sup>168</sup>.

<sup>164</sup> Voir Alexander Kiss et Dinah Shelton, *supra*, note 140, p. 365 (note 37).

<sup>165</sup> Pour l'affaire, 21/76 [1976] E.C.R. 1735, voir P. Sands, *supra*, note 60, p. 160.

<sup>166</sup> P. Prince « Bhopal, Bougainville et Ok Tedi : why Australia's *Forum Non Conveniens* Approach is Better », 47 *ICLQ* (1998) 573 à 574.

<sup>167</sup> *Voth c. Manildra Flour Mills*, (1990) 171 CLR 538.

<sup>168</sup> *Dagi and Others c. BHP*, Cour Suprême de Victoria, Byrne J., 22 septembre 1995, décision non publiée. On peut consulter un excellent résumé de l'affaire et de ses répercussions sur le site suivant : <[www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v4n2/hunt42.html](http://www.murdoch.edu.au/elaw/issues/v4n2/hunt42.html)>, par. 94.

144. Les effets sur l'environnement de la mine Ok Tedi et le procès fortement médiatisé intenté contre ses exploitants ont redéfini toute une gamme de questions relatives à l'extraction des ressources minières. La participation à la procédure judiciaire a constitué un tournant pour le secteur minier, l'État, les parties prenantes non traditionnelles, les organisations non gouvernementales locales et étrangères (et les universitaires). Il s'agissait, dans cette affaire, de dommages qu'aurait causés à l'environnement la société OTML (Ok Tedi Mine Limited), filiale à 60 % de BHP (Broken Hill Proprietary Company), une importante société d'exploitation minière australienne, dans le cadre des activités qu'elle entreprend dans les réseaux hydrographiques des fleuves Ok Tedi et Fly River en Papouasie-Nouvelle-Guinée.

145. Comme à Bougainville où la société RTZ/CRA exploitait une mine de cuivre, dans le cas de *Ok Tedi* les déchets provenant des mines étaient déversés dans les fleuves voisins, avec des conséquences environnementales et sociales catastrophiques. Dans l'un et l'autre cas, le Gouvernement de Papouasie-Nouvelle-Guinée n'avait ménagé aucun effort pour priver les populations locales de leurs droits. L'Australie avait approuvé l'exploitation de la mine de Bougainville au moment où la Papouasie-Nouvelle-Guinée était encore un protectorat sous mandat, et lorsque Bougainville s'est engagée dans la rébellion armée, la mine a été fermée en 1989, laissant un désordre indescriptible. Bien que Bougainville ait eu recours à la rébellion armée, provoquant la clôture forcée de la mine, l'affaire *Ok Tedi* a été réglée par des voies plus ou moins pacifiques grâce à la volonté d'un tribunal australien d'entendre la cause. C'était un important exemple du choix des termes de procédure dans une affaire de dommages transfrontières.

146. Étant donné que dans l'affaire *Ok Tedi*, le Gouvernement de la Papouasie-Nouvelle-Guinée avait largement privé les villageois locaux de l'accès à la justice interne, un droit de recours leur a été offert devant la Cour suprême de Victoria (Australie), siège de BHP. Quatre brefs introductifs d'instance judiciaire ont été déposés contre BHP à Melbourne, au nom de Rex Dagi, John Shakles, Baat Ambetu et Alex Maun (représentant trois clans constitués de 73 personnes) et de Daru Fish Supplies Pty Ltd (une société de pêche commerciale). Par la suite, des brefs pour le reste des 500 demandes de réparation des clans ont été déposés devant la Cour nationale de Papouasie-Nouvelle-Guinée. Pendant toute cette période, la société BHP a soutenu qu'elle avait agi légalement avec l'autorisation du Gouvernement de la Papouasie-Nouvelle-Guinée et en vertu des différentes concessions et licences délivrées aux défendeurs.

147. La Cour a reconnu qu'en *common law*, la Cour refusera de statuer sur une demande qui concerne essentiellement des droits, possessoires ou naturels, sur des terres étrangères, du fait que ces droits découlent de la loi du lieu où se trouve les terres concernées et ne peuvent s'éteindre que devant les tribunaux de ce lieu. Par conséquent, Byrne J. a posé que la Cour de Victoria ne saurait connaître de la demande de dommages et intérêts au motif que les défendeurs ont porté atteinte au droit de propriété. Toutefois, a-t-il ajouté, l'action en négligence pour des dommages *autres* que ceux causés aux terres pouvait être engagée. Byrne J. a conclu que la cause d'action en négligence avait pour fondement la perte de commodités d'usage ou de jouissance des terres par les demandeurs. Il a jugé que cette action ne se fondait pas sur un droit possessoire ou naturel à la terre.

148. Une fois le jugement rendu dans les affaires *Oceanic Sun* et *Voth*, BHP n'a pas demandé que le tribunal se déclare incompétent au motif de *forum non conveniens*. Cela signifiait que BHP ne pouvait se soustraire à l'application des normes juridiques australiennes dans ses activités d'exploitation minière. Aux termes du règlement négocié qui s'en est suivi, des normes écologiques australiennes plus élevées ont été appliquées pour déterminer l'action corrective appropriée à entreprendre par BHP et les autres formes d'indemnisation, à savoir 400 millions de dollars australiens pour la construction d'un système de confinement des déchets et jusqu'à 150 millions de dollars australiens d'indemnisation pour dommages causés à l'environnement<sup>169</sup>. Des questions ont été ultérieurement soulevées concernant la procédure et le règlement mais le jugement n'en a pas moins démontré que le droit peut être utilisé efficacement dans de tels cas, en particulier lorsque, du fait des considérations politiques dans les pays moins développés riches en ressources, il est difficile d'appliquer les voies de recours locales. Toutefois, les tribunaux ont été de nouveau saisis en 1997, dans le cadre d'une procédure qui rappelait l'esprit de l'article 2 de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (1993)<sup>170</sup> et attestait une libéralisation continue manifestée par la reconnaissance de nouvelles formes de dommages indemnifiables<sup>171</sup>.

149. On peut opposer la position australienne dans l'affaire *Ok Tedi*, dite du « for manifestement inapproprié » à celle des États-Unis et (plus tard) du Royaume-Uni, dite du « for le mieux indiqué », qui aux États-Unis se fonde largement sur l'affaire *Piper Aircraft*<sup>172</sup>.

### III. Conclusions et arguments en présence

150. Il ressort clairement d'une analyse du régime de la responsabilité civile que les questions juridiques entrant en ligne de compte sont complexes et ne peuvent être résolues qu'au regard du fond de la cause. L'issue serait également fonction de la juridiction instruisant l'affaire et de la loi applicable. S'il est possible de négocier des arrangements conventionnels particuliers pour décider du régime juridique

<sup>169</sup> P. Prince, *supra*, note 166, p. 595.

<sup>170</sup> 32 *ILM* (1993) 1228.

<sup>171</sup> Bowman, M., « Biodiversity, Intrinsic Value and the Definition and Valuation of Environmental Harm » dans M. Bowman et A. Boyle, *supra*, note 4, p. 41 à 61, à la page 42. Voir également *Dagi c. Broken Hill Proprietary Co.*, [1997], VR 428, *ibid.*, p. 5.

<sup>172</sup> Affaire *Piper Aircraft Co c. Reyno*, 454 US 235 (1981). Se référant à l'affaire Bhopal, entre autres, Prince a déclaré que l'approche des États-Unis favorisait ouvertement les plaideurs locaux en entravant injustement l'action des demandeurs étrangers qui souhaitent poursuivre des sociétés américaines aux États-Unis. Alors qu'il se dégage une image positive de la position australienne dans l'affaire *Ok Tedi*, il apparaît que les affaires de dommages causés à l'environnement par des sociétés étrangères ont considérablement contribué à donner l'impression que le droit des États-Unis permet aux multinationales de ce pays de se soustraire aux normes juridiques des États-Unis lorsque celles-ci mènent des activités à l'étranger. Selon Prince, si l'approche australienne avait été adoptée dans l'affaire *Bhopal*, il aurait été très difficile à un tribunal d'accepter qu'une société mère ne devrait pas assumer tout ou partie de la responsabilité du désastre de Bhopal. Évidemment, des questions complexes seraient restées sans réponse si l'affaire avait été jugée aux États-Unis, notamment en ce qui concerne le degré de responsabilité qu'une société mère devrait assumer pour une filiale étrangère, mais il est tout aussi probable qu'on soit parvenu à une issue plus équitable. Voir P. Prince, *supra*, note 166.

applicable à la réalisation d'une activité, on ne peut tirer de conclusions générales quant au régime de responsabilité civile. Une telle démarche, si elle était jugée souhaitable, ne saurait relever que des instances chargées de l'harmonisation et du développement progressif du droit international privé.

151. De même, nous avons analysé divers modèles récents et bien établis de régime de responsabilité et d'indemnisation. Un élément se dégage très clairement de ces modèles, à savoir que les États ont le devoir de veiller à ce qu'il existe, sous une forme ou une autre, un arrangement garantissant une répartition équitable des pertes. Ces régimes ont certes des éléments communs mais ils sont également conçus pour s'adapter à un contexte propre. Cela ne veut pas dire qu'en toutes circonstances la meilleure façon de s'acquitter de ce devoir est de négocier une convention sur la responsabilité, et encore moins une convention fondée sur une série d'éléments donnés. On peut également bien s'en acquitter, s'il y a lieu, comme le prévoit le droit de la Communauté européenne, en permettant au demandeur de rechercher le for le plus favorable pour connaître de son action ou en négociant un règlement ad hoc comme dans l'affaire *Bhopal*.

152. En outre, étant donné qu'il faut accorder aux États la latitude voulue pour mettre au point des régimes de responsabilité adaptés à leurs besoins particuliers, le modèle de répartition des pertes que la Commission souhaitera peut-être retenir devrait avoir un caractère à la fois général et résiduel.

153. Compte tenu des travaux précédents de la Commission sur le sujet, les arguments ci-après sont avancés pour examen en vue de l'élaboration du modèle :

a) Tout régime qui serait recommandé devrait être sans préjudice des actions en responsabilité civile, telles que définies dans le droit national, et des recours offerts sur le plan intérieur ou en vertu du droit international privé. Le modèle de répartition des pertes aux différents acteurs dans le cas des dommages transfrontières ne doit se fonder sur aucun régime de responsabilité, notamment la responsabilité objective ou la responsabilité fondée sur la faute;

b) On pourrait approuver la recommandation du Groupe de travail créé par la Commission en 2002 selon laquelle un tel régime, quel qu'il soit, devrait être sans préjudice des revendications en droit international et en particulier du droit de la responsabilité des États;

c) La portée du sujet aux fins du présent régime de répartition devrait être la même que celle adoptée pour le projet d'articles sur la prévention. Il ressort clairement de l'étude des différents régimes de responsabilité et d'indemnisation que tous prévoient un certain seuil comme base de l'application du régime. Par conséquent, il est proposé d'adopter le même seuil de dommages significatifs que celui défini et convenu dans le contexte du projet d'articles sur la prévention. Il n'est ni judicieux ni souhaitable de rouvrir le débat sur ce point;

d) Les différents modèles de responsabilité et d'indemnisation ont également confirmé que la responsabilité des États est une exception et qu'elle n'est acceptée que dans le cas des activités dans l'espace extra-atmosphérique. Par conséquent, la responsabilité et l'obligation d'indemniser devraient incomber au commettant de l'activité au moment où l'accident ou l'incident se produit. Ainsi donc, il ne s'agit pas toujours de l'exploitant d'une installation ou d'une activité à risque;

e) La responsabilité du commettant de l'activité dangereuse pourrait être engagée une fois qu'un lien peut raisonnablement être établi entre le dommage causé et l'activité en question. Il convient de noter les vues selon lesquelles la responsabilité devrait être fonction de preuves établies de lien de causalité entre le dommage et l'activité. Étant donnée la complexité des activités dangereuses, tant sur le plan scientifique que sur le plan technologique, et le caractère transfrontière du dommage qu'elle cause, il vaudrait mieux appliquer le principe du caractère raisonnable. Ce principe peut toutefois être battu en brèche, par exemple au motif que le dommage pourrait résulter de plus d'une source ou qu'il est dû à d'autres causes indépendantes de la volonté du commettant et sans lesquelles le dommage n'aurait pu se produire;

f) Lorsque le dommage est causé par plus d'une activité et peut raisonnablement être rattaché à chacune de ces activités sans qu'on puisse les dissocier avec certitude, la responsabilité peut être solidaire<sup>173</sup> ou équitablement répartie. On pourrait laisser aux États le choix d'en décider selon leur droit interne et leur pratique nationale;

g) Il faudrait compléter la responsabilité limitée par d'autres mécanismes de financement. Des fonds pourraient être constitués grâce à des contributions des bénéficiaires principaux de l'activité ou de la même catégorie d'exploitants ou grâce à des fonds affectés par l'État;

h) Outre l'obligation d'affecter des fonds, l'État devrait également assumer la responsabilité d'élaborer des schémas permettant de trouver des solutions aux problèmes liés aux dommages transfrontières. Ces schémas porteraient sur la protection des citoyens contre tout risque éventuel de dommages transfrontières; la prévention du débordement ou de la propagation du dommage à d'autres États du fait d'activités entreprises sur son territoire et la prise de mesures d'urgence et d'autres mesures de préparation préalables; et la mise en place des mesures d'intervention nécessaires une fois que le dommage se produit;

---

<sup>173</sup> Pour un examen de la responsabilité solidaire, voir Bergkamp, *supra*, note 5, p. 298 à 306. Elle s'applique généralement dans les situations où une action conjointe des défendeurs ou une action entreprise de concert est à l'origine du dommage. Elle s'applique aussi lorsqu'une action indépendante de deux défendeurs ou plus cause un préjudice indivisible ou lorsque ladite action cause un préjudice « pratiquement » indivisible. Elle s'applique en outre lorsqu'une action unique ou deux actions indépendantes causent différentes proportions de préjudice qui ensemble constituent un préjudice unique. Selon l'auteur, la responsabilité solidaire ne devrait être imposée que dans un nombre limité de situations. Les règles de responsabilité solidaire devraient être appliquées avec parcimonie car elles présentent des inconvénients, notamment l'inéquité, la « dissuasion excessive », les problèmes d'assurabilité, l'incertitude et les frais d'administration élevés. Les entreprises réproouvent généralement l'idée tandis que les victimes y sont généralement favorables. Il faut donc trouver un juste milieu.

i) L'État devrait également veiller à prévoir des voies de recours dans son système juridique, compte tenu de l'évolution des normes internationales<sup>174</sup>, en vue d'assurer aux victimes de dommages transfrontières une indemnisation et une réparation équitables et rapides;

j) La définition des dommages ouvrant droit à indemnisation, comme il ressort de ce qui précède, est loin d'être définitivement réglée. Tout dommage causé à des personnes et à des biens est généralement indemnisable. Le concept du dommage causé à l'environnement ou aux ressources naturelles relevant de la juridiction d'un État ou dans les zones sous son contrôle est maintenant bien accepté. Toutefois, l'indemnisation dans ce cas est limitée aux dépenses effectivement encourues du fait des mesures de prévention ou d'intervention et des mesures de restauration prises. Ces mesures doivent être raisonnables ou autorisées par l'État, prévues par ses lois ou règlements ou jugées telles par un tribunal. Le coût peut être jugé raisonnable s'il est proportionnel aux résultats obtenus ou susceptibles d'être obtenus compte tenu des connaissances scientifiques et des moyens techniques disponibles. Lorsqu'il n'est pas possible de restaurer effectivement l'environnement ou les ressources naturelles endommagées, les frais engagés pour introduire des éléments équivalents peuvent être remboursés;

k) Les dommages causés à l'environnement proprement dit qui n'entraînent, pour les intéressés ou l'État, aucune perte directe d'intérêts patrimoniaux ou possessoires ne peuvent donner lieu à indemnisation. De même, il est peu probable que la perte de profits ou d'activités touristiques du fait de dommages causés à l'environnement soit indemnisée.

---

<sup>174</sup> La nécessité de définir des voies de recours pour les dommages transnationaux conformément aux normes internationales a été l'objet du projet d'articles sur les voies de recours pour les dommages transfrontières causés aux cours d'eau internationaux, examiné à la Réunion de l'Association de droit international tenue à Helsinki en 1996. Voir K. W. Cuperus et A. E. Boyle, « Articles on Private Law Remedies for Transboundary Damage in International Watercourses », Rapport de la soixante-septième Conférence de l'Association de droit international (1996), Londres, p. 403 à 411. Voir également Harald Hohmann, « Articles on Cross-Media Pollution Resulting From the Use of the waters of an International Drainage Basin », *ibid.*, p. 411 à 414. Pour les débats, voir p. 419 à 425.