UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

ÉCOLE DOCTORALE DES SCIENCES JURIDIQUES (ED 101)

Centre d'études internationales et européennes (CEIE)

THÈSE

présentée par :

Ali SHARIFI RAYENI

soutenue le : **16 décembre 2024**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'Université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Sciences juridiques-droit public

La responsabilité objective en droit international

THÈSE dirigée par :

Madame ALOUPI Niki	Professeur, Université Paris II Panthéon-Assas
Madame HAMANN Andrea	Professeur, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Madame CASSELLA Sarah	Professeur, Université Paris Cité
Monsieur KERBRAT Yann	Professeur, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

---

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Monsieur MBENGUE Makane Moïse	Professeur, Université de Genève
Monsieur PELLET Alain	Professeur émérite, Université Paris Nanterre

L’Université de Strasbourg n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse de doctorat. Ces opinions doivent être considérées comme propres à son auteur

À ma mère, Fatima
Une femme de fierté et d'amour qui a
toujours pris soin de ceux que l'on avait
l'habitude d'ignorer

Remerciements

Je tiens à remercier ma directrice de thèse, Madame le Professeur Niki Aloupi pour sa confiance et pour m'avoir guidé tout au long de cette aventure doctorale. J'espère qu'elle sait toute l'amitié, le dévouement et le respect que je lui porte. Elle a toujours été pour moi un exemple d'humilité, de rigueur et d'autocritique. Défenseuse acharnée de ses doctorants, elle savait nous prendre la main quand on était au plus bas et nous faire redescendre sur terre quand on avait des folies de grandeur. Merci pour tout, Professeur, je vous serai à jamais reconnaissant.

Je tiens aussi à remercier ma codirectrice de thèse, le Professeur Andrea Hamann qui a bien voulu accepter de m'accompagner afin de maintenir mon inscription à l'Unistra. Sa gentillesse, son humanité à toute épreuve et son ouverture d'esprit ont été une véritable source d'inspiration. Je lui dois tellement de choses, notamment une certaine vision du droit international. Chère Madame, je n'oublierai jamais, merci.

Je remercie aussi ma famille pour leur soutien indéfectible au cours de ces années. Je remercie la femme de ma vie, ma forteresse aussi douce qu'un rosier, ma chère Farhin. Son amour m'inspire et sa présence me donne la force de continuer. Je remercie aussi mes parents, deux symboles d'amour et de passion dont les sacrifices ont rendu ce travail possible. Il en va de même pour mon frère et ma sœur qui m'ont toujours soutenu avec bienveillance.

Je remercie enfin toute ma communauté strasbourgeoise. Je commence par Danièle Hoffmann qui a gentiment accepté de relire ce travail avec un soin tout particulier. Ce fut un geste d'une grande générosité qui m'a beaucoup touché. Je pense ensuite à tous mes amis de la Fédération de recherche l'Europe en mutation. Cet endroit n'a pas été seulement un espace de travail. Des idées fortes y ont pris naissance, des amitiés profondes aussi. Mes amis du CEIE et d'ailleurs, merci pour tout.

Liste des principaux acronymes et abréviations

ACDI	Annuaire de la Commission du droit international
AGNU	Assemblée générale des Nations Unies
AIEA	Agence internationale de l'énergie atomique
AJIL	American Journal of International law
BYIL	British Yearbook of international law
CDI	Commission du droit international
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CELI	Circonstance excluant l'illicéité
CIADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
CIJ	Cour internationale de Justice
CLC	Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures/Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage
CNUDM	Convention des Nations Unies sur le droit de la mer
CRAMRA	Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique/ Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities
CRISTAL	Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution
CUPEEA	Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique
CPJI	Cour permanente de Justice internationale
EJIL	European Journal of International law
FIPOL	Convention de Londres portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures
GYIL	German Yearbook of International Law
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IDI	Institut du droit international

ILA	International law association
ILM	International Legal Materials
MARPOL	Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OMCI	Organisation maritime consultative intergouvernementale
OMI	Organisation maritime internationale
ONU	Organisation des Nations Unies
OPOL	Offshore Pollution Liability Agreement
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye
RGDIP	Revue générale de droit international public
RSA	Recueil des sentences arbitrales
STOPIA	Small Tanker Oil Pollution Indemnification Agreement
TIDM	Tribunal international du droit de la mer
TOPIA	Tanker Oil Pollution Indemnification Agreement
TOVALOP	Tanker Owners Voluntary Agreement concerning Liability for Oil Pollution

Sommaire

Première Partie : La place de la responsabilité objective en droit international non-conventionnel

Titre I : La place de la responsabilité objective dans le droit international coutumier

Titre II : La place de la responsabilité objective dans les moyens auxiliaires de détermination du droit international

Deuxième Partie : Le régime de la responsabilité objective en droit international

Titre I : Les régimes conventionnels de la responsabilité objective

Titre II : La généralisation du régime de la responsabilité objective

Introduction

La démultiplication des risques. En décembre 2024 s'ouvriront les audiences publiques devant la Cour internationale de Justice (CIJ) relatives aux changements climatiques[1]. Cette procédure, nouvelle devant la CIJ, mais déjà existante devant certaines juridictions internes et régionales, traite de l'un des dangers existentiels pour l'humanité tout entière[2]. Nous ne connaissons pas encore les arguments qui seront avancés devant la Cour, mais il est certain que le « risque » climatique sera au cœur des débats[3]. Ce risque n'est pourtant pas le seul que l'humanité aura à traiter dans les années à venir. Les technologies de plus en plus avancées et complexes (pensons à l'intelligence artificielle), les diverses menaces pesant sur l'environnement, les activités industrielles et les inventions dont on ne connaît pas toujours le potentiel dévastateur sont des exemples qui posent une menace permanente sur l'humanité[4]. Une autre crise récente, la pandémie de la Covid-19 a aussi démontré que les risques dont il est question sont souvent indifférents aux frontières artificielles des hommes[5]. Dans ces droits, la responsabilité objective est l'une des solutions juridiques pour répondre, *a posteriori*, à ces risques. En droit interne, les débats y relatifs sont anciens et passionnants. Particulièrement techniques et concrets, ils conditionnent la compréhension des régimes de responsabilité civile

---

[1] Voy. le site de la CIJ pour les dernières évolutions de l'affaire : https://www.icj-cij.org/fr/affaire/187

[2] Pour des exemples d'analyse doctrinale du sujet voy. Beck (H.), « Locating Liability for Climate Change: A Comparative Analysis of Recent Trends in Climate Jurisprudence », *Envtl L*, vol. 50, n°3, Summer 2020, pp. 885-918; Bennett (B.), « Big Oil, Big Liability: Fossil Fuel Companies and Liability for Climate Change Harm », *NZ J Envtl L*, 23, 2019, pp. 153-186 ; Cox (RHJ), « The Liability of European States for Climate Change », Utrecht *J Int'l & Eur L*, vol. 30, n°78, 2014, pp. 125-135 ; Garofalo (C.), « Climate Change, Responsibility and Liability », CCLR, vol. 16, n°4, 2022, pp. 288-289 ; Jaitly (A.) Akshay, Neha (K.), « Liability for Climate Change: Who Pays, How Much and Why », *Rev Eur Comp & Int'l Envtl L*, vol. 1, n°4, 1992, pp. 453-460; Massai (L.), « Climate Change Liability: Transnational Law and Practice: Climate Change Liability », *TEL*, vol. 2, n°1, April 2013, pp. 196-198 ; Schwarze (R.), « Liability for Climate Change: The Benefits, the Costs, and the Transaction Costs », *U Pa L Rev*, vol. 155, n°6, June 2007, pp. 1947-1952 ; Sigman (H.), « Legal Liability as Climate Change Policy », *U Pa L Rev*, vol. 155, n°6, June 2007, pp. 1953-1960 ; Spitzer (M.), Martin, Bernhard (B.), « Liability for Climate Change: Cases, Challenges and Concepts », *JETL*, vol. 8, n°2, November 2017, pp. 137-176 ; Weisbach (D.), « Negligence, Strict Liability, and Responsibility for Climate Change », *Iowa L Rev*, vol. 97, n°2, January 2012, pp. 521-566.

[3] Voy. Cassella (S.), « Vers un régime de responsabilité de l'État pour risques globaux. Réflexions à partir de l'exemple des changements climatiques », *Archives de philosophie du droit*, 2022, tome 63, pp. 207-222.

[4] Voy. Cassella (S.), *Global Risks and International Law-The Case of Climate Change and Pandemics*, Brill, 2024 notamment le Chapitre 3.

[5] Voy. pour quelques exemples d'analyse doctrinale du sujet voy. Cassella (S.), « La responsabilité des États et des organisations internationales du fait de la pandémie de Covid-19 », *AFDI*, 2021, vol. 67, pp. 51-70 ; Cassella (S.), « Les obligations étatiques internationales de protection de la santé face aux risques globaux : quels enseignements de la pandémie de Covid-19 ? », *Revue de l'Académie africaine de la pratique du droit international*, 2020, Spécial Afrique Covid-19 : « la boussole des possibles » face à la Covid-19, pp. 34-39 ; Stevanovic (M.), Djurdjevic (D.), « Potential international liability of states for their acts in facing COVID-19 pandemic », *Megatrend revija*, vol. 19, n° 3, janvier 2022, pp. 155-170 ; Ormsbee (M. H.), « State Liability for a Mishandled Response: Strategic Remedies on the Heels of COVID-19 », *Marq L Rev*, vol. 104, n°1, Fall 2020, pp. 227-246 ; Tharakan (S. M.) ; Hart (N. M.), « Liability Issues Related to COVID-19 Vaccine Manufacturing and Global Distribution », Congressional Research Service, 19 juillet 2021.

et administrative. La doctrine internationaliste, elle, s'est beaucoup moins intéressée au sujet. Paradoxalement, ce désintérêt relatif fait aussi l'intérêt du sujet de l'étude. À la fois technique, concret et peu étudié, il ne peut que séduire.

Une définition provisoire. La responsabilité objective souffre de beaucoup de confusions théoriques. Sa définition n'est donc pas chose aisée. Nous allons nous attarder longuement sur ce sujet dans le premier paragraphe (§1) de cette introduction. En attendant, il convient de présenter une définition « provisoire » pour connaître l'objet de ces lignes. Nous entendons la responsabilité objective comme une forme de responsabilité qui implique une obligation de réparation sans que la victime ait à prouver un fait illicite quelconque à l'origine du dommage qu'elle a subi. Il est donc important de préciser dès le départ que le critère n'est pas vraiment l'existence d'un fait illicite, mais plutôt la possibilité de la prouver.

Un concept familier. La responsabilité objective est un concept familier pour les juristes du monde entier. Alors que les juristes de *common law* connaissent ce concept sous les noms de « *strict liability* » ou « *absolute liability* », beaucoup de systèmes civilistes utilisent la responsabilité objective. Il en est ainsi notamment des terminologies européennes d'origine latine, dont celles française, espagnole, italienne et portugaise[6]. En France, tous les étudiants en droit connaissent ce concept grâce à leur cours en droit des obligations, matière obligatoire en licence. Il n'est donc pas difficile pour les juristes français, même les moins avancés, de concevoir, au moins approximativement, l'essence même de la responsabilité objective. Il s'agit d'une responsabilité qui est engagée sans que la victime ait besoin de prouver la faute de l'auteur du dommage. Cette forme de responsabilité a en réalité des origines anciennes. Elle remonte, au moins, à l'Empire romain. Les Romains, passionnés des spectacles où étaient mis en avant les animaux sauvages, ont conçu cette forme de responsabilité pour répondre des dommages que pouvaient causer ces animaux[7]. La responsabilité du fait des animaux figure d'ailleurs toujours parmi les exemples les plus largement acceptés de la responsabilité objective[8]. Elle n'est pourtant pas le seul domaine où cette responsabilité trouve à s'appliquer.

Des changements de paradigmes consécutifs. Le droit romain ne fondait pas d'abord la responsabilité sur la faute, mais plutôt sur le dommage. La conception romaine était en réalité

---

[6] La responsabilité objective est aussi utilisée dans la terminologie juridique espagnole (« *la responsabilidad objetiva* »), portugaise (« *Responsabilidade objetiva* ») et italienne (« *Responsabilità oggettiva* »). En allemand on utilise plutôt « *Gefährdungshaftung* » (la responsabilité pour risque) ou « *Erfolgshaftung* ».
Voy. *infra* les précisions terminologiques.

[7] Reimann M. et Zimmermann R., *The Oxford Handbook of Comparative Law, New York*, Oxford University Press, 2006, p. 1029, cité *in* Albarian (A.), *Les 100 mots du droit anglais*, Lamy, 2013, p. 603.

[8] *Ibid.* Voy. l'article 1243 du Code civil français.

basée sur « la défense d'une juste répartition entre les biens répartis entre les familles, d'un juste équilibre » (*suum cuique tribuere-aequibilitas*)[9]. Le dommage était donc considéré comme une rupture de l'équilibre sociétal qui existait avant sa création. La fonction de la responsabilité était avant tout le rétablissement de l'ordre antérieur et non pas la rétribution du comportement fautif. Les droits européens ont ensuite vécu un changement de paradigme profond avec la progression du christianisme. Dans la vision prédominante au cours du moyen-âge, le point focal a été déplacé vers la faute personnelle, traduction du péché. Il fallait certes réparer le dommage créé, mais seulement de manière subsidiaire. Il fallait d'abord expier sa faute et puis réparer le dommage causé par celle-ci. La laïcisation du XVIIIe n'a pas résulté dans l'abandon de cette conception individualiste de la responsabilité. On y voit un exemple dans l'article 1382 du Code Napoléon selon lequel « [t]out fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »[10].

Ce paradigme individualiste ne change qu'à partir de la fin de XIXe en conséquence de la révolution industrielle et des risques qu'elle a fait peser sur la société, notamment à cause des accidents de travail. Cette évolution était d'ailleurs davantage l'œuvre du législateur que du juge. En Allemagne par exemple, la responsabilité objective s'est imposée dès 1871 pour les propriétaires d'usine et les exploitants de machines à vapeur. Elle a été acceptée pour les accidents d'automobile dès 1907[11]. À la suite d'une série de législations dans ce sens, la responsabilité a progressivement retrouvé son rôle originel qui était d'ordre réparatoire. En effet, dans le domaine technologique et industriel, les victimes n'étaient pas toujours en mesure de montrer la faute de la personne responsable. En face de cette faute introuvable, le dommage était réel et indéniable[12]. Cette évolution a certes pris des formes différentes dans les droits de *common law*[13] et les systèmes civilistes[14], mais l'importance donnée au dommage et au rôle réparatoire de la responsabilité persiste jusqu'à nos jours.

Le développement de la question en droit international. Contrairement aux droits internes, où la responsabilité objective est désormais un concept largement accepté, le droit international

---

[9] Alland (D.), Rials (D.), *Dictionnaire de la culture juridique,* Paris, Quadrigue/Lamy-PUF, 2010, p. 1343.
[10] Ces évolutions sont rapportées par Alland (D.), Rials (D.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1343.
[11] *Ibid*.
[12] Voy. pour un parallèle en droit international *infra* Chapitre 2.
[13] Pour le Royaume-Uni voy. notamment l'affaire *Rylands v. Fletcher* : House of Lord, *Rylands v. Fletcher,* 17 juillet 1868, [1868] UKHL 1, (1868) LR 3 HL 330. Pour les États-Unis, voy. *Greenman v. Yuba*: Supreme Court of California, *Greenman v. Yuba Power Products, Inc*. (1963) 59 Cal.2d 57 [27 Cal.Rptr. 697, 377 P.2d 897]. Voy. les évolutions qui ont suivi ces arrêts dans Reimann M. et Zimmermann R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, *op. cit.*, p. 1031 ss.
[14] Pour le droit français voy. les Articles 1240 à 1244 du Code civil et leur évolution historique par exemple dans Viney (G.), *Traité de droit civil -Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 4e éd, 2019, titre I, pp. 15-179.

peine toujours à reconnaître cette forme de responsabilité. Depuis les années 1950, un nombre relativement important de conventions internationales l'ont retenue. La pratique étatique et la jurisprudence aussi présentent des indices positifs quant à son admission dans le droit international général. Or, encore aujourd'hui, l'existence même d'une obligation de réparation sans preuve d'un fait illicite ne fait pas l'unanimité. Ensuite, même si l'on acceptait l'existence d'une telle obligation, la portée et le régime de cette forme de responsabilité restent toujours très ambigus. Paradoxalement, c'est cette même ambiguïté qui fait l'intérêt de ce sujet. Au regard des ambiguïtés sémantiques qui entourent le sujet, il faut avant tout se pencher sur la définition et sur quelques précisions terminologiques (§1). Ce n'est qu'ensuite qu'on pourra délimiter le sujet (§2). Après l'avoir défini et délimité, nous examinerons brièvement l'état de la doctrine sur le sujet (§3). À ce stade, l'objectif est uniquement de présenter les principales positions défendues par la doctrine, afin de situer notre étude dans le cadre doctrinal général. Nous constaterons que la rareté des contributions doctrinales, notamment celles en faveur de la généralisation de la responsabilité objective, renforce l'intérêt du sujet. Après avoir donné ces précisions, les choix méthodologiques (§4), la problématique (§5) et la thèse défendue (§6) seront examinés. Enfin, le plan sera présenté en fonction de la problématique et de la thèse défendue (§7).

§1 : La définition et les précisions terminologiques

Nous avons déjà présenté une définition provisoire de la responsabilité objective[15]. À présent, cette définition doit être complétée et approfondie. Cette démarche est nécessaire, car une grande ambiguïté terminologique règne dans le sujet qui nous est soumis. Une diversité de termes juridiques est utilisée, à tort et à travers, sans que l'on connaisse précisément leur contenu. Il convient d'abord de définir les termes liés au sujet à savoir « la responsabilité » et « l'obligation juridique » (A.). Ce n'est que dans un deuxième temps qu'on pourra définir la responsabilité objective en droit international (B.).

A. La responsabilité et l'obligation juridique

Responsabilité. La responsabilité, de l'origine latine *respondere* est un concept qu'il est difficile de définir précisément. Responsable est celui qui répond, mais on ne sait pas

[15] Voy. *supra* le premier titre coulé de l'introduction.

exactement de quoi et comment. Répond-on de sa faute, du risque ou du dommage ?[16] C'est à ce moment que la question du fondement de la responsabilité se pose.

Dans son sens le plus large, la responsabilité est définie comme la « charge assumée par un sujet de droit ou un organe d'une organisation, telle celle consistant à régler un problème ou gérer une situation »[17]. Ce n'est pas ce sens large qui nous intéresse dans cette recherche. Ce qui nous intéresse c'est plutôt « le fait qu'un sujet est comptable de son action »[18]. Dans ce sens la responsabilité implique un lien de rattachement à un sujet de droit afin de lui attribuer les conséquences d'un comportement qu'il a adopté[19]. Dans ce sens, la responsabilité recouvre la responsabilité classique (« *responsibiltiy* ») et objective (« *liability* »).

G. Scelle quant à lui avait défini la responsabilité comme une *situation* juridique :

> « Elle est créée par la survenance d'un fait ou d'un acte dommageable, actes ou faits-conditions prévues par le Droit positif. Ces actes ou ces faits sont *imputés* par la règle de Droit à un agent juridique qui en est souvent, mais non pas nécessairement l'auteur et ils conditionnent l'obligation pour cet agent juridique de réparer le préjudice causé, ce mode de réparation variant selon les catégories des dommages et des victimes. Cette notion de responsabilité, qui est devenue dans les ordres juridiques modernes une question essentiellement technique, a été tout d'abord et est demeurée partiellement une notion éthique. »[20]

Obligation. Elle désigne de façon générale, « le respect de la norme : tout ce qui est obligatoire ; par exemple, obéir à la loi »[21]. L'étymologie du terme, *ob+ligare*, est composée de lier (*ligare*) et d'*ob* (de façon étroite)[22]. Le sujet de droit est donc lié par le respect des normes, à défaut duquel, il sera soumis à des sanctions[23].

L'obligation internationale[24] a été définie comme le « lien juridique par lequel un sujet de droit international est tenu envers un ou plusieurs autres, d'adopter un comportement déterminé ou

---

[16] Alland (D.), Rials (D.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1341.

[17] Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 994. Voy. aussi Cornu (G.) (ed.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 12e éd., 2018, p. 919.

[18] *Ibid.*

[19] Voy., *ibid.*

[20] Italiques dans le texte d'origine. Scelle (G.), *Manuel élémentaire de droit international public (avec les textes essentiels)*, Paris, Domat Montchrestien, 1943, p. 676.

[21] Alland (D.), Rials (D.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1097.

[22] *Ibid.*

[23] Cette définition est d'ailleurs assez proche de ce qu'on peut constater en droit interne. Dans ce droit l'obligation a été définie comme un « [l]ien de droit entre deux ou plusieurs personnes les contraignant à faire ou à ne pas faire quelque chose. Désigne la dette qui doit être remise à un créancier. Lien de droit peut provenir de la loi, d'un contrat, d'un quasi-contrat, etc. »
Puigelier (C.), *Dictionnaire juridique*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 671.
Dans son sens le plus large, l'obligation peut aussi être définie comme « Contrainte, devoir résultant d'un texte légal, de la morale (par exemple, une obligation de respecter la loi) ».
Ibid.

[24] Pour une analyse détaillée et approfondie des obligations internationales voy. D'Argent (P.), « Les obligations internationales », *RCADI*, vol. 417, 2019, pp. 21-204.

de s'en abstenir »[25]. L'obligation internationale, comme la responsabilité, entretient une relation étroite avec les sources de ce même droit. Dans ce sens, une obligation ne peut être imposée au sujet du droit international que si elle ressort d'une source de ce droit[26].

Pour les besoins du droit de la responsabilité, les obligations internationales peuvent être divisées en deux catégories, à savoir les obligations primaires et secondaires. L'obligation primaire est une « obligation découlant d'une norme (ou règle) primaire. Elle impose en soi un comportement déterminé, fixant le contenu d'un engagement international de caractère substantiel. »[27] L'obligation ou norme secondaire est définie comme une « obligation découlant d'une norme (ou règle) secondaire. Elle est relative à la formation ou à la mise en œuvre d'obligations primaires ou à la sanction de leur inobservation. Son contenu est formel ou procédural »[28]. Alors que la responsabilité classique se range parmi les obligations secondaires, la responsabilité objective est elle-même une norme primaire.

B. La responsabilité objective en droit international

Les confusions doctrinales relatives au sujet commencent dès le choix de son intitulé. Les propositions diverses représentent des philosophies distinctes et un effort constant s'impose afin de choisir le(s) nom(s) adéquat(s). Tous les noms utilisés dans la pratique et la doctrine ne correspondent pas à la réalité de cette forme de responsabilité en droit positif (1.). Les noms acceptables quant à eux approchent le sujet de manières différentes (2.).

1. Les dénominations à réfuter

Responsabilité du fait des activités licites. Le premier réflexe, celui retenu par la Commission du droit international (CDI), a été de nommer le concept en opposition avec la responsabilité pour fait internationalement illicite. Jusqu'à la prise de fonction par le dernier rapporteur spécial, l'intitulé des travaux de la CDI était « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ». Cet intitulé, outre sa longueur et la difficulté pratique de son utilisation, révélait aussi un sérieux problème de délimitation dans les travaux de la CDI. Ce problème, déjà

[25] Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p.765.
[26] Voy. La Cour permanente d'arbitrage, affaire *de l'île de Palmas* (Pays-Bas/États-Unis), 4 avril 1928, *RSA*, vol. II, pp. 829-871. Voy. aussi D'Argent (P.), « Les obligations internationales », *op. cit.*, pp. 27-37.
[27] Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p.772.
[28] *Ibid.*

souligné par la doctrine[29], est en rapport avec la référence aux activités non interdites. Cette distinction était basée sur le caractère licite ou non de l'activité d'origine. Or, une activité licite peut très bien être *menée de manière illicite*. La responsabilité sera par conséquent soumise au fait illicite, nonobstant la licéité de l'activité d'origine. Par conséquent, la licéité de l'activité d'origine n'est guère un critère satisfaisant[30].

La responsabilité sans faute. Cette qualification n'est pas adéquate justement, car la faute ne correspond guère aux attributs de l'État souverain. En principe, le droit international fait abstraction de l'élément subjectif de la responsabilité et le remplace par le fait illicite[31]. Contrairement à la responsabilité individuelle, civile ou pénale, qui peuvent dépendre de la faute, la responsabilité internationale ne fait pas de place à ce concept. Dans de rares exemples, comme le génocide, où il existe un élément intentionnel, cette intention n'est pas équivalente à la faute, notion essentiellement individuelle. Il s'agit plutôt d'une politique volontaire tendant à faire disparaître une certaine partie de la population[32]. Le droit international retient donc une notion « objectivée » de la faute qui est équivalente au fait illicite[33].

La responsabilité stricte et absolue. La responsabilité absolue trouve en réalité son origine dans la terminologie juridique anglaise qui fait la distinction entre « *strict liability* » et « *absolute liability* ». Cette dernière est définie comme suit :

> « responsabilité ayant la même nature qu'un certain type de responsabilité de droit civil interne ; traduction littérale de l'anglais "*Absolute Liability*", parfois considérée comme synonyme de "responsabilité objective" »[34]

---

[29] Voy. par exemple Faure (M. G.), Nollkaemper (A.), « International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change », 26 *Stan. Envtl. L. J.* 123 (2007), p. 138 ; Louise de Lafayette, « The ILC and International liability: A Commentary », *RECIEL*, vol. 6, n°3, 1997, p. 327 cité *in* Barboza, *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 71.

[30] Le dernier rapporteur spécial était parfaitement conscient de cette critique. Selon lui :
« Il conviendrait d'insister sur l'importance de l'utilisation de l'expression en question ("activités qui ne sont pas interdites par le droit international") pour indiquer que les litiges liés à la non-application du principe de prévention ou au manquement à l'obligation de diligence due n'impliqueraient en aucun cas que l'activité elle-même est illicite ou interdite. … Il est erroné de considérer que l'interdiction est le résultat inévitable de la responsabilité des États pour faits illicites et qu'il n'est pas possible d'équilibrer les avantages et les inconvénients d'activités utiles à la société si l'on n'établit pas clairement cette distinction dans le cadre de la responsabilité des États. *Car, ainsi qu'on l'a fait observer, c'est la teneur de la règle pertinente et le caractère absolu ou relatif de l'obligation en jeu qui importent. Tout au plus, semble-t-il, est-ce le dommage causé par l'activité (comme dans l'affaire de la Fonderie de Trail) qui est interdit, et non l'activité elle-même.* »
Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses), Rao (P. S.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/510, 2000, p.132, §30. Italiques ajoutés.

[31] Alland (D.), Rials (D.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1345.

[32] Voy. l'article II de la Convention des Nations Unies sur le génocide.

[33] Voy. à ce propos Dupuy (P-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique,* Paris, Pedone, 1976, pp. 8-9, 13. Voy. aussi les quatre premiers rapports du rapporteur spécial R. Ago sur la responsabilité classique.

[34] Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 996.

La responsabilité absolue dans les droits internes est une responsabilité qui ne peut pas être soumise à des cas de dérogation ou de restriction. La responsabilité stricte, au contraire, peut être exclue ou limitée dans certains cas de figure comme la *force majeure*, le conflit armé ou la faute d'un tiers[35]. En droit de *common law* anglaise, la responsabilité stricte trouve son origine dans l'affaire *Ryland v. Fletcher*[36]. Dans cet arrêt, le défendeur était tenu responsable non pas pour la négligence, mais pour la détention des matériels dangereux sous sa garde[37]. Elle est donc définie comme une « *liability that does not dépend on actual negligence or intent to harm, but that is based on the breach of an absolute duty to make something safe* »[38].

La responsabilité objective est en réalité une notion plus large qui recouvre ces deux types de responsabilité. La responsabilité absolue existe notamment dans la Convention de 1972 sur la responsabilité spatiale[39]. Les autres conventions internationales ne prévoient qu'une responsabilité objective stricte[40].

La responsabilité pour risque. Cette dénomination met l'accent sur le fondement théorique de la responsabilité. Elle a été définie comme « [l'e]nsemble des conséquences juridiques découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, mais qui comportent le risque de causer un dommage »[41]. C'est ce fondement qu'a choisi la CDI pour les Principes de 2006. Cependant, la responsabilité objective ne se limite pas à la seule théorie du risque. Cette théorie est l'un des fondements théoriques les plus importants de la responsabilité, mais pas le seul[42]. Dans son quatrième rapport sur le sujet, le rapporteur spécial Barboza avait déclaré que, malgré son importance, le risque ne suffisait guère pour établir la responsabilité. Il mettait donc l'accent sur l'exigence du dommage comme condition complémentaire de l'engagement de la

---

[35] Voy. aussi Albarian (A.), *Les 100 mots du droit anglais*, Lamy, 2013, pp. 602-605.
[36] House of Lord, *Rylands v. Fletcher*, 17 juillet 1868, [1868] UKHL 1, (1868) LR 3 HL 330.
[37] Voy. Yadavi (K.), « Absolute liability: a journey from strict liability », *Indian journal of law and legal research*, vol. 5, n°1, 2023, p. 1.
[38] Garner (B. A.) *Black's Law Dictionnary*, West Publishing, 9e éd., p. 998.
[39] En effet, l'article II de la Convention mentionne la « responsabilité absolue » de l'État de lancement. Cette qualification pourrait pourtant être mise en doute, car l'article VI de la Convention prévoit l'exemption de la responsabilité en cas de faute lourde ou intentionnelle de la victime. Cependant, en sachant que la victime ne peut de toute façon pas se prévaloir de sa propre faute pour exiger la réparation, cette exception n'est en réalité que la traduction du principe *nemo auditur.* Par conséquent elle ne fait pas obstacle à la définition de la responsabilité absolue. Voy. *infra* le Chapitre 5 pour davantage de détails. Voy. aussi Frappier (M.), « Le fait générateur de la responsabilité : le risque comme alternative à l'illicite ? (Georges Scelle, Wilfred Jenks) », *in L'illicite*, Grandes pages du droit international, vol. 7, Paris, Pedone, 2021, p. 118.
[40] Voy. par exemple l'article III§2 de la Convention de 1992 sur la pollution du fait des hydrocarbures et l'article 9 de la Convention de Paris de 2004 sur la responsabilité nucléaire.
[41] Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 999. La définition continue en évoquant que « ces conséquences comprennent l'obligation de réparer les conséquences préjudiciables de ces activités ; elles peuvent aussi inclure des obligations de prévention et de coopération. »
[42] Voy. *infra* Chapitre 2 et les différents cas d'application de la responsabilité objective.

responsabilité[43]. Dans la présente étude, le dommage sera présenté comme le véritable socle de la responsabilité objective. Il peut d'ailleurs justifier la réparation dans certains cas, indépendamment de la théorie du risque[44].

2. Les dénominations à retenir

La responsabilité causale et la responsabilité pour dommage. Il existe trois dénominations qui correspondent à la réalité du concept en droit positif. Les deux premières ne sont pas erronées, mais sont quelque peu réductrices du concept. Chacune d'elles se concentre sur un aspect fondamental du sujet. La « responsabilité causale » a été définie comme une « [e]xpression parfois utilisée pour désigner la responsabilité objective du fait que l'obligation de réparer les préjudices causés par certaines activités naît du seul rapport de causalité entre l'activité et le dommage »[45]. C'est en effet le cas pour la responsabilité objective. La deuxième dénomination acceptable, la « responsabilité pour dommage », a été définie comme une « catégorie particulière de responsabilité découlant d'une situation où la réparation est due du seul fait de la survenance du dommage, en l'absence de tout fait internationalement illicite. La réparation est alors prévue par une obligation primaire »[46]. La définition donnée par Salmon présente cependant l'inconvénient de ne pas mentionner le lien de causalité, élément également nécessaire pour établir la responsabilité objective. Si l'on y ajoute cet élément, cette deuxième définition deviendrait aussi satisfaisante. Bien que les deux définitions nous semblent correctes, elles n'ont pas la même portée, et toutes deux souffrent de l'inconvénient d'offrir une approche partielle du sujet. Cela étant dit, nous privilégions la dénomination « responsabilité pour dommage », car elle met en avant le véritable fondement de cette forme de responsabilité.

La responsabilité objective. La responsabilité objective est la dénomination la plus adaptée. Nous présenterons d'abord les définitions déjà proposées avant de présenter la nôtre. Salmon la définit en faisant référence au concept dans les droits internes :

> « Sens analogue à celui du régime de la responsabilité civile dans certains droits internes, lorsque la responsabilité est engagée sans faute. Cet usage se rencontre dans plusieurs conventions internationales appliquant à l'État les mêmes règles de responsabilité qu'aux opérateurs privés dans les activités à risque. »[47]

---

[43] *Quatrième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/413, 1988, pp. 260-261, §44 et ss.
[44] Handl (G.), « Balancing of Interests and International Liability for the Pollution of International Watercourses: Customary Principles of Law Revisited », *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 13, 1975, p. 171.
[45] Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 996.
[46] *Ibid.*, p. 998.
[47] *Ibid.*, p. 997.

Cette définition est révélatrice d'une conception assez répandue qui considère la responsabilité objective internationale comme une transposition du droit interne en la matière. Cette conception met aussi l'accent sur le risque. Les travaux de la CDI ont également une conception assez proche du sujet :

> « Une responsabilité [liability] découle d'un dommage transfrontière significatif causé par une activité [non interdite par le droit international] qui comporte un risque de causer un dommage transfrontière significatif ou qui cause effectivement un tel dommage et donne lieu à indemnisation ou à une autre forme de réparation »[48]

Avec le recul, il nous semble que cette insistance sur le risque était avant tout motivée par des raisons pragmatiques. La doctrine favorable à la responsabilité objective connaissait la méfiance des États à reconnaître une règle générale de la responsabilité pour dommage. En revanche, il existe un nombre important de conventions qui retiennent la responsabilité pour risque. En outre, la théorie du risque est aussi basée sur un argument qui est difficile à contredire. Il revient à dire que celui qui crée un risque doit en assumer les conséquences. « L'internalisation des coûts » s'impose donc pour protéger les victimes innocentes. Ces dernières ne partagent pas les bénéfices de l'activité dangereuse, mais sont exposées, en permanence, aux risques qu'elle crée. L'ensemble de ces arguments ont fait que la théorie du risque était un bon point de départ pour le développement de la responsabilité objective. Or, en réalité, nous verrons que la responsabilité objective est un concept plus large et dépend davantage du dommage que du risque.

In fine nous définissons la responsabilité objective comme l'ensemble des obligations juridiques découlant de l'établissement d'un lien de causalité entre, d'une part, un acte ou une omission de la personne responsable et, d'autre part, un dommage transfrontière subi par une ou plusieurs victimes. Contrairement à la responsabilité classique, ces conséquences sont prévues par une obligation primaire.

En tout cas, la responsabilité objective a aussi l'avantage d'être succincte et familière à l'oreille de juriste francophone. Cet argument formel ne peut pas passer sous silence quand on compare cette dénomination avec celle proposée par la CDI qui était long et peu pratique pour un usage régulier.

La différence entre les trois dénominations retenues se limite à leur approche vis-à-vis du sujet. La responsabilité objective met l'accent sur l'absence de fait illicite et les deux autres

---

[48] L'article 5 du Projet de Groupe de travail de la CDI sur le sujet « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », *ACDI*, 1996, vol. 2, 2e partie, annexe I, p. 121 cité *in* Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 994.

sur les éléments constitutifs du concept. La responsabilité objective a donc l'avantage de son usage plus fréquent et de son approche plus compréhensive du sujet.

La terminologie anglaise. Au-delà de la terminologie française, un bref examen du choix des termes dans la terminologie anglaise n'est pas dépourvu d'intérêt. Comme en français, la terminologie anglaise n'offre tout simplement pas de définition unanimement acceptée. Les termes « *liability* », « *responsibility* » et « *accountability* » sont souvent utilisés de manière interchangeable[49]. Le rapporteur spécial Barboza a utilisé *accountability* comme un terme plus large qui inclut la *liability* et la *responsibility*[50]. Cependant cette conclusion ne ressort pas des dictionnaires anglais[51]. En principe, la *responsibility* désigne la responsabilité pour fait illicite et la *liability* désigne plutôt la responsabilité objective[52]. C'est ainsi qu'on utilise souvent le terme *liability* quand on veut désigner une responsabilité sans faute comme « *strict liability* », « *vicarious liability »* et « *products liability* »[53]. En revanche, dès le départ, la CDI n'a pas voulu utiliser la *liability* dans le titre des Principes, car dans les autres langues officielles des Nations Unies la dichotomie *responsability-liability* n'existe pas[54].

§2 : La délimitation du sujet

Une responsabilité juridique et objective. La délimitation du sujet de notre recherche dépend de ses deux éléments constitutifs : la responsabilité objective et le droit international. La première partie du sujet la distingue des autres formes de responsabilité. Avant tout, nous examinerons seulement la responsabilité juridique et non pas toute autre forme de responsabilité, y compris morale ou politique. Nous examinerons uniquement les conséquences

---

[49] Voy. par exemple Mardani (N.), Hooshmand (M. M.), « JCPOA; A Dialectical Paradigm of Treaty and Other International Instruments », *Journal of Politics and Law*, vol. 9, n°3, mai 2016, p. 80.

[50] Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 78

[51] Voy. par exemple Dhuicq (B.), Frison (D.), *Dictionnaire de l'anglais juridique,* Paris, BMS, 2004, p. 11 ; Dahl (H.), Bourdreau (T.), *Dahl's law dictionnary*, New York, Dalloz-Hein, 3e éd., 2007, p. 625, 648.

[52] C'est ainsi que la CDI utilise ces deux termes. Voy. par exemple *Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Rao (P. S.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/566, 2006, p.13, §15 ; *Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Quentin-Baxter (R.Q), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/360, 1982, p. 70, § 30.
Voy. aussi Albarian (A.), *Les 100 mots du droit anglais*, Lamy, 2013, pp. 602-609 ; Nicholson (K.), Stevenson (A.), *Dictionnaire juridique-Law dictionnary*, Paris-Edinburgh, Dalloz-Harrap, 2004, p. 125 ; Dhuicq (B.), Frison (D.), *Dictionnaire de l'anglais juridique,* Paris, BMS, 2004, pp. 594-595 ; Dahl (H.), Bourdreau (T.), *Dahl's law dictionnary*, New York, Dalloz-Hein, 3e éd., 2007, pp. 625, 648, 651.

[53] Voy. par exemple Nicholson (K.), Stevenson (A.), *Dictionnaire juridique-Law dictionnary*, Paris-Edinburgh, Dalloz-Harrap, 2004, p. 125.

[54] *Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Quentin-Baxter (R.Q), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/360, 1982., §30.

juridiques de la création du dommage. Ensuite, notre étude porte sur la responsabilité objective et non pas classique (pour fait illicite). Cette dernière a été définie comme « les relations qui, selon le droit international, naissent du fait internationalement illicite »[55]. Il s'agit donc des obligations secondaires qui naissent de la violation des obligations primaires[56]. La responsabilité objective, au contraire, est conçue comme une obligation primaire. Autrement dit, dans les cas d'application de cette responsabilité, il n'existe pas de fait illicite préalable.

Cette forme de responsabilité s'applique alors même que l'État d'origine du dommage s'acquitte de toutes les obligations de prévention qui lui incombent[57]. C'est la raison pour laquelle les travaux de la CDI sur l'obligation de prévention n'ont qu'une incidence secondaire dans la présente étude[58]. En effet, la violation des obligations prévues dans ces articles conduit à la responsabilité pour fait illicite.

Dès le départ, il faut attirer l'attention du lecteur sur le fait que la distinction entre les deux formes de responsabilité est en réalité beaucoup plus complexe que ce qui vient d'être dit. Tout au long de cette thèse, nous verrons les difficultés dans la séparation entre la responsabilité sans et pour fait illicite. En effet, un grand nombre de sources de droit qui seront examinées sont à la frontière entre l'obligation de prévention et la responsabilité objective. Par conséquent, la détermination des rapports entre les deux formes de la responsabilité est une tâche qui dépasse la seule introduction et sera faite tout au long de la recherche.

… en droit international. La deuxième partie du sujet peut être conçue comme auto-explicative. Néanmoins il convient de préciser son incidence sur notre étude. La responsabilité objective est un concept transversal qui existe dans beaucoup de droits internes et régionaux. Il existe de nombreuses recherches sur ce sujet dans ces droits. Ces études sont certes éclairantes et nous aident à mieux cerner le sujet en droit international. Cela est d'autant plus vrai que le concept est plus ancien et plus largement accepté dans les droits internes et probablement aussi dans le droit de l'Union européenne[59]. Il n'empêche que ces droits n'entrent pas directement

---

[55] La Commission du droit international, Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *ACDI*, 2001, vol. II (2), doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (ci-après les Commentaires de 2001), p. 33, §1, commentaires à l'article 1.

[56] Elle a aussi été définie comme « l'ensemble des relations juridiques nouvelles découlant d'un fait internationalement illicite d'un sujet de droit international ». Les deux définitions retiennent les mêmes critères. Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 995.

[57] La Commission du droit international, Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs, *ACDI*, 2006, vol. II (2) (ci-après les Commentaires de 2006), p. 61, §2.

[58] Voy. La Commission du droit international, Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs, *ACDI*, 2001, vol. II (2), pp. 405-470 (ci-après Les Commentaires de 2001 sur la prévention).

[59] Voy. à cet égard Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, 9e éd., LGDJ, p. 1157.

dans le champ de notre étude. Par conséquent, ils ne seront utilisés qu'à titre subsidiaire et dans la mesure où ils peuvent éclairer l'état du droit international en la matière.

Il convient également de préciser que notre recherche ne se limite pas aux seuls sujets (consensuels) du droit international. Nous verrons qu'au cours de cette étude, il est nécessaire d'examiner aussi les dommages causés par des acteurs privés, notamment les entreprises, ainsi que leur lien avec la responsabilité des États. Par ailleurs, à l'instar de la majorité des recherches existantes, nous mettons l'accent sur les sujets primaires du droit international, à savoir les États. Cela étant dit, la responsabilité des organisations internationales n'est abordée que de manière accessoire et uniquement dans les rares cas où elles peuvent effectivement être tenues responsables. En effet, les organisations internationales sont rarement à l'origine des dommages susceptibles d'engager leur responsabilité objective. La plupart des activités qui nous intéressent sont des activités dangereuses, souvent de nature technologique ou industrielle, qui sont rarement menées par des organisations internationales. De plus, une grande partie des débats sur ce sujet porte sur la responsabilité éventuelle des États pour les actes des personnes privées agissant sous leur juridiction. Ces débats ne s'appliquent évidemment pas aux organisations internationales.

Les domaines examinés. Le développement de la responsabilité objective dans le droit international dépend des deux objectifs principaux qu'elle poursuit. Le premier est la protection des victimes innocentes qui, malgré l'impossibilité de prouver un fait illicite, ont subi des dommages parfois importants[60]. Le deuxième est le souci de la protection de l'environnement face à un nombre de plus en plus important d'activités dangereuses[61]. Cela dit, notre étude couvre une série de domaines dans lesquels ces objectifs sont poursuivis. Il s'agit notamment des droits conventionnels qui portent sur la protection de l'environnement et la protection des victimes face aux risques industriels et technologiques.

À partir des années 1950, plusieurs conventions internationales ont retenu la responsabilité objective pour atteindre les deux objectifs susmentionnés. Ces conventions avaient en commun l'objectif de régir les activités à risque. Le secteur du transport a été un domaine de prédilection. L'une des premières conventions à avoir retenu cette forme de responsabilité, la Convention de

---

[60] Les Commentaires de 2006, p. 61, § 3.

[61] *Ibid.*, §1. Voy. aussi Kerbrat (Y.), « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement », *in* SFDI, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, Pedone, 2010, p. 125-144 ; Dupuy (P.M), « À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des Etats dans ses rapports avec la protection internationale de l'environnement », *Les hommes et l'environnement, Mélanges en hommages à Alexandre Kiss,* Paris, Frison-Roche, 1988, pp. 269-283 ; Kerbrat (Y.), Maljean-Dubois (S) (ed.), *The transformation of international environnemental law*, Oxfort-Paris, Pedone et Hart Publishing, 2011.

Rome de 1952, porte sur la responsabilité objective dans le transport aérien. Les transports maritimes, ferroviaires et même spatiaux ont constitué d'autres domaines où cette responsabilité a eu à s'appliquer[62]. La responsabilité objective a aussi été appliquée dans certaines autres activités dangereuses dont notamment les activités nucléaires et le traitement des déchets dangereux. Une autre série de conventions ayant retenu la responsabilité objective porte spécifiquement sur la protection de l'environnement. La Convention de Lugano, le Protocole de Kiev sur les eaux transfrontières et l'Annexe VI du Protocole sur l'Antarctique sont les textes les plus importants. Ces droits conventionnels sont essentiellement basés sur la théorie du risque. Cette théorie, née à partir du milieu du XIXe siècle en droit français, a ensuite été maladroitement transposée en droit international. En droit interne, elle était justifiée par le progrès industriel et technologique qui s'accompagnait d'un grand nombre de risques et de dommages liés à ces risques. Au regard de la difficulté d'apporter la preuve, l'objectif était de protéger les victimes face aux risques créés par un tiers. La difficulté est que, mis à part une recherche fort intéressante[63], on n'a jamais vraiment précisé le sens et la portée de cette théorie en droit international. Nous chercherons justement à apporter des précisions en montrant les formes qu'elle peut revêtir en droit international[64].

Ces droits conventionnels et la théorie du risque constituent la partie la plus importante de notre étude sans pour autant la couvrir entièrement. Contrairement à une partie de la doctrine[65], notre compréhension du sujet dépasse la seule théorie du risque et s'intéresse avant tout au dommage effectivement subi. Par conséquent, toutes les sources et tous les moyens auxiliaires de la détermination du droit international qui portent sur les dommages transfrontières en l'absence d'un fait internationalement illicite entrent dans le champ de notre étude. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous avons tenté de dresser une image aussi complète que possible de ces exemples en droit international.

---

[62] Voy. *infra* Chapitres 1, 5 et 6.

[63] Mbengue (M. M.), *Essai sur une théorie du risque en droit international public,* Paris, Pedone, 2009.

[64] En droit interne, elle peut revêtir trois formes à savoir le risque-profit, le risque-créé et le risque lié à une autorité ou un contrôle. Nous verrons que les droits conventionnels sont basés à la fois sur la théorie du risque-profit (par exemple dans le domaine de la pollution par les hydrocarbures) et le risque lié à une autorité (par exemple dans le domaine spatial). Il existe un débat sur la généralisation du risque lié à une autorité aux domaines non conventionnels. À l'image des parents responsables pour les dommages créés par leurs enfants, l'on pourrait imaginer la responsabilité de l'État pour tout dommage créé sous sa juridiction et dépassant sa frontière. Nous verrons que cette proposition ne trouve pas d'appui suffisant en droit positif.

[65] Voy. *infra* §3, l'état de la doctrine sur le sujet.

§3 L'état de la doctrine sur le sujet

Un pionnier français. Avant même la démultiplication des conventions internationales prévoyant la responsabilité objective, G. Scelle a défendu la responsabilité objective en droit international. Néanmoins, quand on examine ses écrits sur le sujet, il apparaît qu'il n'a pas utilisé la responsabilité objective exactement dans le même sens que celui qui est utilisé aujourd'hui. Il a présenté une multitude de domaines où la responsabilité objective pouvait s'appliquer. Il s'agit des cas où, selon lui, l'État n'a pas commis un fait illicite, mais doit toujours réparer les dommages causés. Il a donné l'exemple de la responsabilité étatique en présence d'un acte *ultra vires* de ses agents. En sachant qu'il niait la personnalité juridique de l'État, il n'acceptait pas l'équivalence entre la faute de l'agent et le fait illicite de l'État[66]. Il a aussi étendu ce raisonnement à la responsabilité de l'État pour les actes des collectivités territoriales et les États fédérés. Il a présenté d'autres cas où l'État prenait en charge une indemnisation sans pour autant qu'il ait commis un fait illicite à savoir l'expropriation accompagnée d'une indemnisation[67]et le boycott fait par les citoyens et non pas l'État[68]. Il y a ajouté deux cas qui se rapprochent d'une situation de *force majeure,* à savoir les dommages causés à la suite d'une émeute[69] et la guerre civile[70]. La substance de ce raisonnement sera examinée plus loin dans cette étude. En attendant, il faut souligner que Scelle était parmi les premiers à relever l'insuffisance de la théorie classique pour justifier tous les exemples de la responsabilité étatique. L'intérêt de sa doctrine réside dans le fait d'avoir remarqué les cas où les États procèdent à la réparation sans qu'ils aient commis un fait illicite quelconque.

Cette défense de la responsabilité objective était avant tout motivée par sa vision objectiviste du droit international[71]. Sa position se justifie donc par son approche sociologique et l'importance donnée à la solidarité internationale[72].

Les propositions *de lege ferenda* de Goldie et de Jenks. À partir des années 1960, une partie de la doctrine a vu une ouverture possible pour la généralisation de la responsabilité objective du fait du développement du droit conventionnel la prévoyant. En sachant que l'ensemble des

---

[66] Scelle (G.), *Manuel élémentaire de droit international public (avec les textes essentiels)*, Paris, Domat Montchrestien, 1943, p. 684

[67] *Ibid.*, pp. 693-695.

[68] *Ibid.*, p. 700.

[69] *Ibid.*, pp. 700-701.

[70] *Ibid.*, pp. 701-702.

[71] Voy. à cet égard Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, p.113.

[72] Pour lui « [l]a notion de responsabilité répond à un besoin d'équilibre social, de rétribution, de justice, et c'est pourquoi son fondement est *éthique* ».
Scelle (G.), *Manuel élémentaire de droit international public (avec les textes essentiels)*, *op. cit.*, p. 676. Italiques ajoutés. Voy. plus généralement le Chapitre VI de son ouvrage.

droits conventionnels ont traité des activités dangereuses, la théorie du risque a paru comme le fondement le plus adapté. Depuis les années 1960, W. Jenks et L.F.E Goldie se sont fait connaître comme les champions du développement de la responsabilité objective. Les deux auteurs ont remarqué l'espace nécessaire pour le développement de la responsabilité objective dans le droit international. Jenks a proposé, *de lege ferenda*, l'admission de la responsabilité objective au regard des développements scientifiques et technologiques qui étaient susceptibles de créer des risques analogues à ceux créés par les activités spatiales[73]. Tout en admettant que le fondement principal de la responsabilité demeurât la « faute »[74] (incluant la négligence), il était d'avis que la responsabilité « sans faute » pour les activités ultra-dangereuses représentait une exception d'importance croissante pour protéger les victimes des dommages transfrontières.

Il prévoyait l'évolution du droit international en faveur de l'admission de la responsabilité objective. Tout en étant conscient des limites d'un texte général sur le sujet[75], il avait proposé une déclaration des Nations Unies prévoyant la responsabilité des États pour les activités ultra-hasardeuses[76]. Comme pour préparer le terrain aux recherches futures, il avait proposé lui-même une liste de 12 principes prévoyant un point de départ non négligeable en la matière. Même si ces articles n'ont pas été particulièrement étudiés par la doctrine ni par la CDI, ils disposent d'un fondement théorique assez solide qui a inspiré notre compréhension du sujet.

Goldie, quant à lui, s'est largement inspiré de la *common law*, notamment de la responsabilité objective sur le modèle *Rylands v. Fletcher*[77]. La conception de Goldie était essentiellement construite autour de la théorie du risque[78]. Toujours suivant les canons du droit interne, il était d'avis que la personne qui tirait profit d'une activité dangereuse devait en assumer les

---

[73] Jenks (W.) « Liability for Ultra-Hazardous Activities in International law », in *RCADI*, Vol. 117, 1966, I, p. 107.

[74] *Ibid*, p. 109. Il est intéressant de noter que Jenks semble soutenir l'existence de la notion de faute étatique. En effet, après avoir rappelé la position d'Anzilotti consistant à exclure la faute étatique et son remplacement par la simple violation du droit international, Jenks avance la notion de faute comme fondement de la responsabilité : « *It is, of course, both true and important that whereas Anzilotti and other positivist writers, rejecting the position of Grotius, expounded the view that the State, being incapable of a culpable intention, was responsible not for fault but for a fact contrary to international law*, it is now accepted that fault (including negligence) is, in general, the basis of State responsibility in international law, *especially in respect of occurrences not directly attributable to the acts or omissions of the State or its agents acting in the exercise of public authority*. » Italiques ajoutés.

[75] *Ibid*, p. 178. À cet égard, il rappelle qu'un texte de portée générale ne peut qu'énoncer des principes très larges qui auront ensuite besoin d'accords supplémentaires pour être appliqués. En revanche, l'existence même d'un cadre général faciliterait l'adoption et surtout l'harmonisation plus ou moins parfaite des accords ultérieurs.

[76] *Ibid*, p.194. Pour la proposition d'une telle déclaration, il s'inspire de la Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, adoptée 13 décembre 1963 à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies.

[77] House of Lord, *Rylands v. Fletcher*, 17 juillet 1868, [1868] UKHL 1, (1868) LR 3 HL 330.

[78] Voy. par exemple Goldie (L.F.E.), « International Principles of Responsibility for Pollution », *Colum J Transnat'l*, 1970, vol. 9, n°2, p. 311.

conséquences néfastes. À défaut, et si les dommages créés à l'issue d'une telle activité n'étaient pas réparés, le bénéfice créé (ou l'absence d'obligation de réparation qui revient à un tel bénéfice) aurait été l'équivalent d'une expropriation de la part de l'entité tirant profit de l'activité[79]. Ces propositions ont été appuyées par d'autres positions doctrinales en faveur de la responsabilité objective[80].

Les opposants à la généralisation de la responsabilité objective. Malgré cet optimisme, la majorité de la doctrine est toujours sceptique quant à la généralisation de la responsabilité objective. Un exemple parlant est la position des manuels francophones du droit international. À part le manuel Pellet-Forteau-Miron, tous les autres ont nié l'existence de la responsabilité objective en dehors du cadre conventionnel[81]. Plusieurs arguments justifient ce rejet. La plupart des auteurs soulignent que seule la Convention sur la responsabilité spatiale (1972) a reconnu une véritable responsabilité objective étatique. Les autres conventions étant de nature privée, elles n'auraient pas d'incidence sur le droit international public[82]. En dehors du cadre conventionnel, les États n'auraient qu'une obligation de prévention et de diligence due. La solution au problème des dommages transfrontières résiderait donc dans le développement et la précision progressive des obligations de diligence requise[83]. À cet égard, il ne faut pas oublier

---

[79] Goldie (L.F.E.) « Liability for damage and the progressive development of international law », *ICLQ*, vol. 14, no. 4, 1965, pp. 1212-13. Il n'est pas interdit de penser à l'abus de droit ou à l'enrichissement sans cause en droit romano-germanique.

[80] Voy. par exemple Kelson, (J. M), (1972). « State responsibility and the abnormally dangerous activity », *Harv Int'l L J*, vol. 13, n°2, 197-244 ; De Mestral (A. L. C.), « Prevention of Pollution of the Marine Environment Arising from Offshore Mining and Drilling », *Harv Int'l L J,* vol.30, n°3, 1979, 469- 518 ; Schneider (J.), « State responsibility for environmental protection and preservation: ecological unities and a fragmented world public order », *in Yale Studies on World Public Order*, vol. II, 1975, pp. pp. 32-87.

[81] Le manuel en question se distingue des autres en ce qu'il consacre plus de pages à l'examen du sujet. La plupart des manuels évoquent le sujet dans quelques paragraphes et écartent la responsabilité objective assez rapidement. Même ce manuel n'a pas affirmé l'existence d'une règle coutumière prévoyant la responsabilité objective. Les rédacteurs ne statuent pas définitivement sur une règle coutumière et affirment que cette question relève davantage du développement progressif du droit international. Ils défendent plutôt un principe général de droit limité aux activités ultra-hasardeuses qui seraient le point de convergence des droits internes.
Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 1157-1158.

[82] Voy. Rivier (R.), *Droit international public*, 3e édition, puf, 2017, p. 693 ; Carreau (D.), Fabrizio (M.), *Droit international*, 12e édition, Pedone, 2018, p. 504 ; Alland (D.), *Manuel de droit international public*, 9e édition, puf, 2022, pp. 283-284.
Le manuel de Carreau et Fabrizio ainsi que celui de Rivier sont assez explicites en la matière. Ils ne s'attardent pas beaucoup sur le sujet et condamnent la responsabilité objective à un rôle subsidiaire. Cette forme de responsabilité est donc écartée d'un revers de main et sans beaucoup s'attarder sur les arguments en sa faveur. Le manuel Alland, même s'il arrive à la même conclusion, est moins définitif. Il rappelle les raisons qui plaident pour l'admission d'une telle responsabilité (notamment la difficulté d'apporter la preuve). Il énonce pourtant que la CDI, ayant travaillé 20 ans sur le sujet, n'a pas pu arriver à un résultat satisfaisant. Cela étant, et en absence de preuve suffisante en droit positif, cette forme de la responsabilité serait condamnée à un rôle subsidiaire

[82] *Ibid.*, p. 284.

[83] Voy. à cet égard aussi Jiménez de Aréchaga (E.), « International law on the past third of century », *RCADI*, vol. 159, 1978, p. 272-273. Aréchaga avait aussi donné l'exemple des domaines nucléaires, la pollution par les

qu'il existe un rapport direct entre le niveau de dangerosité d'une activité et le niveau de diligence requise[84].

Certains ont aussi ajouté qu'il était peu probable que les États prennent en charge des activités dangereuses « particulièrement dans un contexte (re)devenu, la mondialisation aidant, (ultra)libéral »[85].

Une opposition fondamentale, mais pas de principe. Le manuel Combacau-Sur répète ces arguments. Les auteurs n'ont aucune opposition de principe au concept, mais sont d'avis que l'état du droit positif et les réalités des rapports internationaux empêchent cette généralisation. Quant au droit positif, ils sont d'avis que la jurisprudence est beaucoup moins convaincante que certains ont voulu faire croire[86]. En ce qui concerne les relations internationales, ils sont d'avis que, même dans les droits internes, la responsabilité objective n'est acceptée qu'à titre subsidiaire. Cette acceptation reposerait par ailleurs sur des éléments tels que la solidarité nationale et l'égalité devant les charges publiques, qui ne sont pas transposables en droit international[87].

Cette conception de la responsabilité objective et de la société internationale est effectivement au cœur des critiques formulées à l'encontre de la responsabilité objective. À ce stade, nous

---

hydrocarbures et l'aviation civile. Selon lui, dans ces domaines, les organisations internationales compétentes ont progressivement précisé les obligations de diligence incombant aux États. Nous sommes d'accord avec cette constatation, mais sommes aussi d'avis qu'elle n'enlève aucunement le besoin de la responsabilité objective. Quoi qu'il en soit pour confirmer sa thèse, il faut donner l'exemple des textes qui précisent les obligations de diligence requise.

Le domaine le plus développé est probablement le domaine nucléaire. Parmi le vaste spectre des guides et recommandations techniques voy. Radiation Safety for Consumer Products, Specific Safety Requirements, No. SSR-1, AIEA, 2019 ; *Site Evaluation for Nuclear Installations*, IAEA Safety Standards Series, No. SSR-1, AIEA, 2019 ; Protection against Exposure Due to Radon Indoors and Gamma Radiation from Construction Materials - Methods of Prevention and Mitigation, IAEA TECDOC No. 1951, AIEA, 2021. Plus largement voy. le site de l'AIEA :

https://www.iaea.org/publications/search/type/safety-standards-series

Pour les recommandations techniques de l'OMI relatives au transport des frets dangereux voy. :

Revised Recommendations on the Safe Transport of Dangerous Cargo and Related Activities in Port Areas, OMI, 2007; The International Convention for the Safety of Life at Sea, 1974 (SOLAS), Chapitre VII ; The International Maritime Dangerous Goods (IMDG) Code ; Revised Recommendation on the safe transport of dangerous cargoes and related activities in port areas, OMI, 2007; Manual on oil pollution: Section I-Prevention, IMO, 2011.

Pour la sécurité aérienne voy. le site de lOACI :

https://www.icao.int/safety/Pages/Safety-Report.aspx

[84] Pour une explication de ce rapport et son incidence sur la responsabilité objective voy. Birnie (P.), Boyle (A.), Redgwell (C.), *International law and the environment*, *op. cit.*, pp. 148-149. Voy. À cet égard aussi CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 avril 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 8 ss., notamment §223.

[85] Verhoeven (J.), *Droit international public*, Larcier, 2000, p. p. 620.

[86] Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, 13e édition, LGDJ-Lextenso, 2020, pp. 588-589. Pour une position similaire voy. Birnie (P.), Boyle (A.), Redgwell (C.), *International law and the environment*, *op. cit.*, pp. 148-149, 218. Pour la position de Fitzmaurice sur le sujet voy. *ACDI*, 1957, p. 174.

[87] Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 588.

nous contenterons d'affirmer que nous partageons la vision des auteurs concernant la société internationale, mais pas en ce qui concerne la responsabilité objective. Il est important de souligner que la responsabilité objective est elle-même une notion protéiforme. Dans sa forme la plus radicale, elle peut équivaloir à une responsabilité absolue de l'État pour toutes les activités dangereuses se déroulant sous sa juridiction. Une telle responsabilité serait alors comparable à l'idée de garantie en droit interne. Cependant, il convient de rappeler que la responsabilité objective prend également d'autres formes qui n'ont rien à voir avec la « solidarité » internationale, notamment dans le cadre de la théorie du risque. Dans ces situations, elle constitue la contrepartie des compétences souveraines de l'État à l'origine du dommage, par exemple lorsqu'il autorise des activités dangereuses à proximité des frontières internationales.

L'opposition la plus influente. Il n'est pas possible de parler de la doctrine sur le sujet sans mentionner Pierre-Marie Dupuy. Il a rédigé sa thèse de doctorat sur le sujet[88] et, depuis, a publié de nombreuses recherches qui ont touché, de près ou de loin, la question du fondement de la responsabilité[89]. Ses positions sont influentes et seront largement utilisées au cours de la thèse. *Grosso modo* il partage les arguments déjà mentionnés contre l'existence du concept en dehors du cadre conventionnel. Il insiste sur la nature « pragmatique », voire procédurale de la responsabilité objective. Selon lui, les débats théoriques sur le fondement de la responsabilité ne correspondent guère à la réalité et aux objectifs de cette forme de responsabilité. Il s'agit selon lui d'une responsabilité à but essentiellement réparatoire[90] qui doit avoir comme principal objectif de faciliter la réparation des dommages imposés aux victimes innocentes. De ce fait, il reproche à la doctrine d'avoir porté le débat sur le fait générateur et faisant une distinction entre la responsabilité avec et sans fait illicite[91].

---

[88] Dupuy (P-M.), *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, Pedone, 1976. Cet ouvrage est une refonte intégrale d'une thèse consacrée au même sujet et soutenue deux ans plus tôt à l'Université de Droit d'Économie et de Sciences Politiques de Paris. L'intitulé de l'ouvrage est en soi très révélateur. L'ouvrage porte essentiellement sur la responsabilité objective, mais l'auteur n'a pas souhaité évoquer cette forme de responsabilité dans son intitulé.

[89] Voy. entre autres Dupuy (P-M.), « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *RCADI*, tome 188, 1984, pp. 13-133 ; Dupuy (P-M.), « Due Diligence in the International Law of Liability», *in Legal aspects of transfrontier pollution*, OCDE, 1977, pp.369-379 ; Dupuy (P-M.), « Overview of the Existing Customary Legal Regime Regarding International Pollution », *in* Barstow Magraw (D.) (dir.), *International Law and Pollution*, , University of Pennsylvania Press, 1991, pp. 61-90.
Ces travaux portent sur le thème général de pollution transfrontière et traitent plus ou moins directement la question de la responsabilité.

[90] Dupuy (P-M.), « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *op. cit.*, p. 81.

[91] *Ibid*, p. 80.

Pour Dupuy la question essentielle est celle de la réparation des victimes innocentes. Pour cela, il existe une distinction quant au fondement conventionnel ou coutumier de la responsabilité. Pour lui il n'existe aucun fondement pour reconnaître la responsabilité objective en droit international général[92]. Quant aux régimes conventionnels, il existe une seule convention qui prévoit un semblant de responsabilité objective à savoir celle de 1972 sur la responsabilité spatiale[93]. Même pour cette dernière, Dupuy refuse l'existence d'une responsabilité objective et défend plutôt une responsabilité sans preuve de l'illicite. Il met donc l'accent, non pas sur le fondement de la responsabilité, mais sur la preuve comme question de procédure.

Une question procédurale. Pour justifier son propos sans condamner la responsabilité objective - ce qui serait selon lui « ridicule »[94]- il fait une distinction entre la responsabilité objective et la responsabilité sans preuve de l'illicite. Pour lui, il n'existe pas deux *fondements* de responsabilité en droit international. Il soutient, au contraire, que le fondement de la responsabilité demeure commun, à savoir le fait illicite[95]. La seule différence, et ceci uniquement à condition d'une base conventionnelle, c'est qu'en présence d'un régime dérogatoire au droit commun[96], la victime n'a pas à apporter la preuve de l'illicite.

Il est important de comprendre que, selon lui, l'exemption de preuve ne vaut pas la responsabilité objective. Il explique que dans ce domaine, les difficultés techniques sont telles qu'on ne peut pas exiger des victimes innocentes d'apporter la preuve de l'illicite. De ce fait, et pour pouvoir les protéger, on fait intervenir l'idée de garantie. La démarche consiste alors à supposer que l'État de lancement a pris toutes les précautions nécessaires, mais que le dommage s'est produit quand même[97].

La doctrine hors CDI a certes beaucoup aidé à clarifier la place de la responsabilité objective. Cela dit, c'est la CDI qui a joué le rôle le plus important dans la codification et le développement du droit international en la matière.

---

[92] Le résultat naturel de cette position étant, comme l'avait rappelé le rapporteur spécial Quentin-Baxter, l'absence de toute réparation à défaut d'un fondement conventionnel.

[93] Selon lui, cette convention est la seule en droit international public. En revanche, il n'exclut pas les régimes privés qui ont existé à cette époque et qui se sont multipliés par la suite.

[94] *Ibid*, p. 76.

[95] *Ibid*, pp. 108-109 :

« Notre conclusion résidera donc dans le constat du maintien du caractère illicite de l'acte comme origine première de la responsabilité internationale, à travers ses configurations diverses. Précisons en particulier, à cet égard, que la distinction des obligations primaires et secondaires, qui a pu un moment faire croire à l'autonomie radicale de la responsabilité dite "pour les activités non interdites par le droit international", possède plus une vertu méthodologique que substantielle. »

[96] La répétition du critère exclusif « de droit commun » n'ouvre-t-elle pas la porte à l'admission d'un critère de droit spécial ?! Voy. *Ibid*, p. 107 ss.

[97] *Ibid*, pp. 86-87.

Les travaux de la CDI. La CDI quant à elle s'est avant tout basée sur les droits conventionnels. En sachant que les textes conventionnels sont tous conçus autour de la théorie du risque, la CDI a aussi limité son travail à une responsabilité pour risque. Elle a donc effectué de longs travaux sur ce sujet, en parallèle avec ses travaux sur la responsabilité pour fait illicite (ci-après aussi la responsabilité classique). Au départ, la CDI avait inclus les obligations de prévention dans ses travaux sur la responsabilité objective[98]. Ce n'est qu'en 1997, qu'elle a séparé les deux volets[99]. Après cette séparation, elle a d'abord examiné le volet moins problématique, à savoir les obligations de prévention. Très rapidement, en 2001, elle a adopté les « Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses »[100]. Nous avons mentionné que ces articles n'ont pas une incidence significative sur la responsabilité objective en tant que telle. En réalité, cette responsabilité a été examinée dans le cadre des travaux sur la réparation. Ils ont abouti à l'adoption des « Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses »[101]. Ce sont ces principes qui sont au cœur de la présente étude. Les Principes de 2006 seront analysés en détail dans les différents chapitres de la thèse. À ce stade, il convient simplement de mentionner que la CDI a finalement limité les obligations des États à l'instauration de la responsabilité objective dans leurs droits internes. Cependant, elle a largement négligé la responsabilité objective étatique *stricto sensu*, la remplaçant en grande partie par des obligations de diligence requise. En revanche, elle a mis l'accent sur la responsabilité objective de l'exploitant d'activités dangereuses, lequel peut être une personne publique.

Un accueil limité des travaux de la CDI. L'intérêt de l'étude de la responsabilité objective vient aussi du sort qui a été réservé à ces Principes. À la fois la doctrine et la jurisprudence ont réservé un accueil assez timide à ces Principes. Ni les Articles de 2001 sur la prévention, ni les Principes de 2006 sur la réparation n'ont été repris sous forme de résolution par l'Assemblée générale des Nations-Unies[102]. Contrairement à leur sœur ainée, *i.e.* la responsabilité classique examinée dans les Articles de 2001, les Principes de 2006 passent souvent inaperçus dans les travaux de la doctrine sur le droit de la responsabilité. Aucune monographie récente ne porte sur ces principes ou même la responsabilité objective en général, en langue française. Le seul travail significatif est la thèse publiée de P. M. Dupuy qui date d'il y a presque 50 ans et qui

[98] Cette position, fort problématique, a été adoptée à la suite des propositions du premier rapporteur spécial sur la responsabilité objective. Voy. *infra* Chapitre 4, Section 1.
[99] Voy. *infra* chapitre 4, Section 3, le Groupe de travail de 1997.
[100] Voy. *ACDI*, 2001, vol. II(2), pp. 405-470.
[101] Voy. *ACDI*, 2006, vol. II(2), pp. 60-95.
[102] Besson (S.), « La due diligence en droit international », *RCADI*, vol. 409, Brill-Nijhoff, 2019, p. 287.

n'inclut donc pas les évolutions récentes, notamment les travaux de la CDI. D'ailleurs, Dupuy penche pour la doctrine sceptique quant à la généralisation de la responsabilité objective. Il n'est pas étonnant que sa thèse, qui porte essentiellement sur la responsabilité objective, ne mentionne même pas cette forme de responsabilité dans son titre. Au contraire, il a choisi un titre qui est révélateur de sa vision de la responsabilité objective[103].

Au-delà de la doctrine, les travaux de la CDI, en particulier les Principes de 2006, ont également été largement ignorés dans la jurisprudence internationale. Il faut dire que, par rapport à la responsabilité classique, la responsabilité objective est peu mobilisée par la jurisprudence[104]. Même quand elle l'est, les travaux de la CDI ne sont évoqués que de manière subsidiaire[105].

Cet accueil limité des travaux de la CDI, notamment les principes de 2006, est dû à une multitude de facteurs[106] dont deux, en particulier, ont été déterminants. Le premier est la difficulté presque insurmontable qu'a eue la CDI à déterminer la place de la responsabilité objective, notamment face à la responsabilité classique. Deuxièmement, face aux incertitudes du droit positif, la CDI a voulu présenter une approche minimaliste et excessivement souple du concept. L'objectif était d'obtenir une adhésion maximale des États en leur laissant la liberté de préciser les détails du régime d'application dans leurs accords ultérieurs. Nous verrons que cette stratégie a échoué[107]. La généralité excessive des travaux de la CDI a fini par mettre en doute leur caractère strictement juridique. Justement, l'un des objectifs de notre étude est de proposer des solutions plus précises dans divers domaines étudiés. Malgré les difficultés théoriques importantes qui invitent à l'humilité, nous tenterons de présenter une vision claire et précise, quitte à subir des critiques sévères de nos contradicteurs.

---

[103] Dupuy (P-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique,* Paris, Pedone, 1976.

[104] Voy. *infra* Chapitre 3.

[105] En effet les arrêts récents sur les dommages transfrontières ne font qu'un usage fort modeste des travaux de la CDI. À titre d'exemple l'affaire de *certaines activités menées par le Nicaragua* ne fait aucune mention des Articles de 2006. Il y a une seule référence aux articles de 2001 sur la prévention, mais il s'agit d'un argument avancé par le Nicaragua et non pas la Cour.

Voy. CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica), arrêt*, C.I.J. Recueil 2015*, p.730, §190.

Ainsi, dans l'Usine de pâte à papier, il existe seulement deux références aux Articles de 2001 sur la prévention. Il s'agit de l'interprétation des parties aux litiges quant à la portée de l'étude d'impact sur l'environnement.

CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), arrêt, *C.I.J. Recueil 2010*, pp. 82, 87, §§ 203, 215.

Il en va de même pour l'Avis consultatif du TIDM sur la responsabilité dans la Zone qui fait une seule mention des Articles de 2001 sur la prévention afin d'établir la portée de l'obligation de diligence.

TIDM, *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1er février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 42, §116.

[106] Pour une analyse plus approfondie des travaux de la CDI voy. le chapitre 4.

[107] Voy. *infra* Chapitre 4.

La doctrine anglophone. L'état de la doctrine anglophone n'est pas très différent. À notre connaissance, il existe seulement deux monographies qui portent sur le sujet. Pourtant l'une et l'autre laissent beaucoup de questions importantes en suspens. La première est une thèse non publiée soutenue à Leiden par N. Horbach en 1996[108]. Cette thèse est très favorable à la généralisation de la responsabilité objective. Elle semble même défendre un principe existant du droit positif. En revanche, sur le fond, ce travail n'a pas pu répondre à certaines questions fondamentales relatives au sujet. Premièrement, elle est rédigée avant le mandat du dernier rapporteur spécial et ne prend pas en compte la phase finale des travaux de la CDI et les principes adoptés. Deuxièmement, elle porte essentiellement sur *l'existence* de la responsabilité objective et néglige largement le régime de la responsabilité. Troisièmement, elle est rédigée de manière assez descriptive. Elle présente un tour d'horizon des différentes sources, mais se limite parfois à une simple présentation sans approfondir leur incidence sur la place de la responsabilité objective en droit international.

J. Barboza, l'un des rapporteurs spéciaux ayant travaillé sur le sujet, a aussi rédigé un bref ouvrage dans ce contexte en 2011[109]. Cet ouvrage est la monographie la plus récente qui se penche sur la responsabilité objective en tant que telle. Il a aussi l'avantage de prendre en compte les travaux de la CDI. Cependant, l'ouvrage est très succinct[110] et assez proche de ce que le rapporteur spécial avait déjà défendu dans ses rapports sur le sujet. Il n'empêche que sa connaissance des coulisses de la CDI offre une perspective unique sur les enjeux plus larges au sein de l'institution. Son travail, comme celui d'Horbach, n'examine que très peu le régime de la responsabilité objective. À part ces monographies, il existe certains articles de doctrine et des chapitres dans les ouvrages collectifs. Ces travaux offrent certes des précisions intéressantes. En revanche, ils manquent du volume et de la profondeur nécessaire qui permettraient de présenter une analyse compréhensive du sujet en droit international. Notre objectif est précisément de proposer une approche plus globale, qui prend en compte les diverses facettes du sujet en droit international. Pour ce faire, il est essentiel de bien comprendre la méthodologie adoptée.

---

[108] Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, thèse de doctorat soutenu à l'Université de Leiden en 1996.
[109] Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, Martinus Nijhof, 2011.
[110] L'ouvrage fait seulement 160 pages.

§4 La méthodologie adoptée et les influences doctrinales

Le positivisme critique. Cette étude est influencée par deux écoles de pensée qui, au premier abord, n'ont rien en commun. Elle est à la fois influencée par une lecture positiviste « classique » et par les approches alternatives du droit international, notamment les théories critiques. Il est pourtant vrai que le positivisme s'y impose et la tendance « critique » n'est évoquée qu'en filigrane. L'approche adoptée est donc celle d'un positivisme critique, sans pour autant que les deux tendances (positiviste et critique) soient mises sur un pied d'égalité[111].

S. Sur avait distingué entre trois types de doctrines, à savoir la doctrine analytique, une doctrine théorique et une doctrine militante. La première, majoritaire, cherche à « connaître et diffuser l'état du droit dans un domaine considéré et faciliter ainsi la tâche des utilisateurs »[112]. La deuxième « tente de comprendre le phénomène juridique et de proposer des explications d'ensemble de sa genèse, de son développement, de sa cohérence interne, de ses fonctions »[113]. La troisième se consacre à défendre une cause. Suivant ces catégories, l'objectif de cet ouvrage était d'offrir une analyse à la fois analytique et théorique. L'aspect analytique est davantage lié à l'approche positiviste et celle théorique, à l'approche critique.

Une méthode à trois niveaux. Suivant cette approche positiviste critique, la thèse adopte trois méthodes distinctes, mais interdépendantes. L'argumentation de la thèse se fait à trois niveaux. Dans un premier, plutôt positiviste, elle essaie de comprendre les règles applicables. Dans le deuxième, davantage critique, elle « déconstruit »[114] ces règles en démontrant leurs faiblesses et les enjeux sous-jacents. Dans un troisième, influencé par les deux, elle propose des solutions concrètes afin de pallier les défauts existants.

Le niveau 1-la méthode déductive. Dans ce premier niveau, nous nous approchons de ce que Sur avait décrit comme étant la doctrine analytique. L'analyse du droit existant se fait en fonction de la doctrine des sources. Dans ce premier niveau, nous avons surtout évité la tendance « militante » (la troisième catégorie de Sur). De ce fait, il n'y a aucune place pour les partis pris, les tendances personnelles et les idéologies politiques ou juridiques. Ce premier

---

[111] Pour une vision similaire mais non identique voy. Corten (O.), *Le discours du droit international : pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009. Il faut surtout souligner que Corten n'utilise pas le terme « critique » en rapport avec les théories critiques.

[112] Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 76. Il faut préciser que le chapitre 2 du manuel dont il est question est rédigé par S. Sur., voy. p. 6 de l'ouvrage.

[113] *Ibid.*

[114] Voy. par exemple Derrida (J.), « Qu'est-ce que la déconstruction ? », *Commentaire*, vol. 108, n° 4, 2004, pp. 1099-1100 ; Ramon (C.) (dir.), *Derrida : la déconstruction*, Paris, PUF, 2005 ; Grondin (J.), « La définition derridienne de la déconstruction-Contribution au rapprochement de l'herméneutique et de la déconstruction », *Archives de philosophie*, vol. 62, 1999, pp. 5-16.

niveau se veut objectif et aussi neutre que possible. Suivant une approche volontariste, nous ne faisons que chercher la manifestation de volonté étatique à travers les sources du droit international. Dans l'interprétation des sources, nous nous appuyons aussi considérablement sur la jurisprudence de la CIJ. Nous essaierons de rechercher les solutions du droit positif selon la démarche entreprise par la Cour en fonction de chaque source[115]. *In fine* nous dirons ce qu'est le droit selon nous.

Le niveau 2-la méthode critique. Ce deuxième niveau se distingue radicalement du premier. L'exigence de la neutralité, essentielle pour la connaissance des règles du droit positif n'est plus de mise. Ici, nous nous approchons de la deuxième catégorie de Sur, à savoir la doctrine théorique. L'approche est donc subjective, théorique et parfois multidisciplinaire. Nous essaierons de prendre du recul et analyser la genèse, le développement et la cohérence interne du droit applicable. C'est ainsi que le développement historique des règles et leur contexte géopolitique entrent en jeu. Cette approche théorique tend aussi à examiner la responsabilité objective dans son contexte juridique large. Nous chercherons à connaître l'implication du sujet pour le droit international en général et pour le droit de la responsabilité en particulier. Cette approche permet aussi de connaître les enjeux extrajuridiques sous-jacents qui ont façonné les règles du droit positif.

Le niveau 3-la méthode inductive. Ce troisième niveau nous a été imposé au regard des réalités du droit positif. Notre étude conclut à l'insuffisance de l'état actuel du droit positif. Face à cette situation, soit on se contente de constater ses défauts, soit on propose des solutions afin d'y mettre fin. Nous avons choisi la deuxième option. Ces propositions sont faites par une méthode inductive. Nous connaissons déjà le résultat escompté et proposons des moyens juridiques afin d'y arriver.

Bien entendu, ces propositions sont dépendantes de la perspective subjective de leur auteur. Il existe une multitude de personnes intéressées dans chaque rapport juridique et nos propositions dépendent toujours de notre perspective quant à la personne qu'il faut privilégier. Dans cette étude, la priorité a toujours été donnée aux victimes des dommages ainsi qu'à la protection de l'environnement. Toutes les propositions que nous avons faites tendent à augmenter la protection des victimes et à l'amélioration des niveaux de réparation. Cette démarche ne doit pourtant pas être confondue avec la catégorie de la doctrine militante proposée par S. Sur. La doctrine militante défend une cause dès le premier niveau, c'est-à-dire dès la détermination du

[115] Voy par exemple *infra* le Chapitre 2 qui s'inspire largement de la méthode de la CIJ.

droit positif. Il s'agit d'une interprétation orientée qui « renvoie toujours à une idéologie juridique »[116]. Rien de tel dans notre thèse. Notre position en faveur des victimes n'est basée sur aucune « idéologie juridique » ou autre. En outre, elle se manifeste essentiellement dans les propositions *de lege ferenda*.

§5 La problématique

L'intérêt ou la nécessité de la responsabilité objective. Il s'agit de la question première. La responsabilité internationale dispose déjà d'un fondement classique et bien établi qui est le fait illicite. Tel que nous le verrons ultérieurement dans cette étude, une partie importante de la doctrine est d'avis que ce seul fondement suffit pour régir la question en droit international. Cette partie-là se méfie des comparaisons avec les droits internes qui ont depuis longtemps reconnu la responsabilité objective dans de multiples domaines. Que répondre à cette position ? Le droit international peut-il vraiment faire l'économie de la responsabilité objective ? La réponse ne peut certes pas être donnée dans le vide. Elle ne pourra être donnée qu'en examinant les domaines dans lesquels la responsabilité objective pourrait trouver à s'appliquer. Le domaine de prédilection a toujours a été celui des activités dangereuses. Le rapprochement avec les droits internes et de fortes raisons extrajuridiques justifieraient l'application de la responsabilité dans ce domaine. Il existe, tel que nous verrons, d'autres domaines potentiellement fertiles. La question sera toujours la même, celle de l'(in)suffisance de la responsabilité classique et de la place réservée/souhaitée de la responsabilité objective.

La reconnaissance et le régime de la responsabilité objective. L'intérêt, seul, ne suffit guère. Au mieux, il peut soutenir les propositions *de lege ferenda*. Il faut aussi voir la position du droit international positif quant à l'admission de la responsabilité objective. Toutes les sources du droit international sont pertinentes. Parmi elles, les conventions ayant retenu la responsabilité objective ont un rôle de premier plan. Elles ont toujours été le point de départ pour la généralisation de cette forme de responsabilité. Nous verrons pourtant que cette généralisation ne va pas de soi et se confronte à de sérieuses difficultés techniques. Si le droit positif reconnaissait la responsabilité objective, il se poserait encore la question de son régime. Il s'agit des différentes questions de fond et de procédure qui peuvent se poser dans le contentieux. En examinant ces questions, il faut toujours être attentif à leur rapport avec la responsabilité

[116] Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 76.

classique. Il faut savoir si les règles applicables dérogent aux règles de la responsabilité classique et si une telle dérogation est justifiée.

La responsabilité objective et les victimes. Reprenons les éléments de la problématique, l'intérêt, la réalité, la consistance et le contenu. Ces questions sont nécessaires et utiles, mais elles n'ont de valeur qu'en rapport avec une vision plus large quant à la nature et la finalité du droit international. Jusqu'ici nous sommes essentiellement dans le premier niveau de notre démarche telle qu'expliquée précédemment, à savoir la démarche déductive[117]. Cette démarche, certes nécessaire, n'est pourtant pas la plus importante. L'idéal de justice dépasse, et de loin, les constats techniques. Dans toutes les analyses, dans tous les constats, il sera au cœur de l'argumentation. La question fondamentale est donc de savoir si le droit positif, objectivement « constaté », correspond à notre perception subjective de justice. Nous avons déjà expliqué que dans notre perspective, l'intérêt des victimes prime sur toutes les autres considérations et guide tous les choix qui nous reviennent.

§6 La thèse défendue

L'insuffisance de la théorie classique basée sur le fait illicite. La thèse la plus fondamentale est l'insuffisance de la seule théorie classique pour déterminer le fondement de la responsabilité. Cette théorie est théoriquement insuffisante et, en dernière analyse, elle peut « laisser passer » de graves injustices. Il existe de nombreux cas où cette théorie ne permet pas de justifier le fondement de la réparation. En outre, il ne permet pas toujours de garantir l'intérêt des victimes innocentes.

La doctrine a souvent présenté la responsabilité objective comme s'il s'agissait d'un seul bloc de règle uniforme et cohérente. Au contraire, les exemples examinés montreront qu'il existe des catégories au sein même de la responsabilité objective. La clarification de ces catégories est essentielle afin de déterminer la véritable place de la responsabilité objective. Nous verrons qu'au contraire de ce que la doctrine majoritaire défend, dans la plupart des cas, les États ont tenu à réparer les dommages subis par les victimes. En examinant les exemples de la pratique, nous défendrons l'existence d'une règle coutumière de réparation pour deux des trois catégories de la responsabilité objective, notamment pour les activités dangereuses.

Le rapport avec l'obligation de prévention. La confusion entre la responsabilité objective et les obligations de prévention a été l'une des raisons principales de « l'échec » des travaux de la

[117] Voy. *supra* §4 La méthodologie adoptée et les influences doctrinales.

CDI sur le sujet. Comme pour la valeur coutumière, il est impossible de prendre une position générale pour tous les exemples de la pratique étatique et de la jurisprudence qui se trouvent à la frontière entre les deux concepts. Il existe des cas simples où l'existence ou l'absence du fait illicite est certaine. En revanche, dans d'autres cas, les deux fondements sont si entremêlés qu'il est impossible de choisir l'un d'entre eux. Ces exemples laissent la porte ouverte à un débat doctrinal sur la nécessité ou l'opportunité d'une séparation stricte entre les deux concepts, au moins dans certains cas de figure.

Selon nous, les deux concepts (la responsabilité objective et l'obligation de prévention) partagent le même fondement théorique : la conception de la souveraineté étatique comme une « présomption ». La création d'un dommage transfrontalier constitue donc, en principe, une atteinte à la souveraineté de l'État victime. À l'image de toute forme de liberté, celle-ci s'arrête là où commence la liberté d'autrui. Cependant, nous verrons que, dans un geste que nous jugeons contradictoire et incohérent, les États refusent de reconnaître le dommage transfrontalier comme une violation du droit international. Cela dit, en substance, la responsabilité objective est souvent une manière « détournée » de permettre l'indemnisation des victimes, tout en refusant d'assumer une « responsabilité » au sens classique du terme. *In fine*, dans l'état actuel du droit international, il faut confirmer la distinction entre les deux concepts, bien que leur fondement intellectuel commun les rapproche et rende difficile une séparation nette.

Le régime de la responsabilité objective. L'essentiel de la démarche de la CDI par rapport au régime consistait à effectuer une démarche déductive à partir des droits conventionnels. De ce fait, les propositions faites sont en réalité une synthèse des droits conventionnels. Nous avons repris cette démarche. Ces droits conventionnels sont toujours le point de départ le plus sûr pour proposer un régime de responsabilité. Or, l'examen de ces droits montre aussi que chaque régime a ses particularités et les détails d'applications ne sont pas forcément transposables à tous les autres régimes. Certes, il existe un socle commun qu'il convient de mettre en avant, mais il existe aussi des différences majeures parmi les différents régimes. Par conséquent, il est impossible de proposer *un* régime et il faut se contenter *des* régimes de la responsabilité. Les conclusions de cette démarche comparative ont un double intérêt. Ils peuvent être utilisés à la fois dans le cadre du droit coutumier et dans le développement futur des droits conventionnels. D'ailleurs, nous verrons que ces propositions sont aussi intéressantes pour la responsabilité classique qui s'en est inspirée, notamment en droit de l'environnement.

§7 L'annonce du plan

Les deux questions principales. La problématique a pris forme après la lecture des travaux existants sur le sujet, notamment ceux de la CDI. À la lecture de ces travaux, deux questions majeures restent toujours non résolues. La première concerne la place de la responsabilité objective dans le droit international et la deuxième, son régime.

La place de la responsabilité objective. Malgré les efforts de la doctrine, notamment celle de la CDI, la place de la responsabilité objective est toujours aussi ambiguë. La difficulté principale a été, et reste encore aujourd'hui, celle des liens entre la responsabilité objective et classique. Plus précisément les rapports entre, d'une part, l'obligation de prévention et la diligence requise et, d'autre part, la responsabilité objective n'ont pas été clarifiés. En outre, il n'existe toujours pas de consensus sur les domaines d'application et la place de la responsabilité objective dans les différentes sources du droit international, notamment la coutume. La question est de taille, car il en va de la généralisation du concept au-delà du droit conventionnel.

Le régime de la responsabilité objective. Le régime de la responsabilité est aussi une question sous-développée. Le « régime » a été défini comme « l'ensemble des règles qui régissent une institution juridique déterminée »[118]. Nous l'utiliserons comme l'ensemble des règles qui régissent l'application de la responsabilité objective dans le contentieux. Il inclut à la fois les questions du fond et de la procédure, même si pour des raisons qui seront examinées plus loin dans cette thèse, l'accent est mis sur les questions du fond[119].

Les rares monographies existantes se concentrent sur l'existence d'une obligation de réparation et n'examinent le régime qu'en filigrane[120]. La CDI quant à elle a examiné la question, *a minima*. Quelques règles très générales sont énoncées sans pour autant répondre aux questions les plus difficiles[121]. Cette position est certainement due aux incertitudes qui entourent la place de la responsabilité. Pour la partie de la doctrine qui met en doute l'existence même de ce concept dans le droit international public, le régime est logiquement une question superflue. Nous ne partageons pas cette lecture. Premièrement, car, au contraire de cette position

---

[118] Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 958.
[119] Voy. *infra* Chapitres 4, 7 et 8.
[120] Voy. Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.* Cet ouvrage est essentiellement une analyse *a posteriori* des travaux de la CDI. Comme pour la CDI, le régime est relégué au second plan. Sinon, dans la thèse de N. Horbach le régime est rarement mentionné. Ayant été rédigée avant l'adoption des travaux de la CDI, cette thèse s'intéresse essentiellement à l'existence d'une règle coutumière de réparation. Voy. Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.*
Enfin, la thèse publiée de P.M. Dupuy examine le régime essentiellement à travers les droits conventionnels. Néanmoins, même dans ce cadre, son ouvrage a besoin d'être mis à jour. Voy. Dupuy (P-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique, op. cit*.
[121] Voy. *infra* Chapitre 4.

sceptique, nous défendons l'existence de la responsabilité objective dans le droit coutumier. Deuxièmement, car même à défaut d'une règle générale, il existe et il existera de plus en plus de régimes conventionnels prévoyant la responsabilité objective. L'étude du régime nous éclaire donc, *a minima*, sur le contenu de ces droits conventionnels. Ce régime (Deuxième Partie) ne peut pourtant pas être examiné, à défaut d'une étude préalable sur la place de la responsabilité objective en droit international non-conventionnel (Première Partie). La place du concept dans le droit conventionnel étant claire et certaine, elle ne suscite guère de questions. En revanche, la question de sa généralisation à partir des droits conventionnels et, par conséquent, celle de la place du concept dans le droit non-conventionnel est au cœur de notre démonstration.

Première partie : La place de la responsabilité objective en droit international non-conventionnel

La structure de la démonstration. Le sujet peut être abordé de différentes façons. Dans un premier temps, nous avons voulu éviter une structure basée sur la doctrine des sources. Au départ, nous avons envisagé une structure autour de l'intérêt et des limites de la responsabilité objective. Ensuite nous avons tenté une structure autour des arguments qui plaident en faveur de cette forme de responsabilité. Il était encore possible de concevoir cette Partie en fonction des grands principes qui façonnent le sujet ou même son rapport avec des notions proches, mais distinctes telles que l'obligation de prévention. Or, le choix finalement retenu, celui construit autour des sources du droit international, a été conscient et mûrement réfléchi. Ce choix est fait en fonction de nos recherches préalables sur l'état de la doctrine, y compris la CDI. La majorité des travaux existants ont aussi examiné le sujet en fonction des différentes sources du droit international. Cependant, ces recherches sont souvent partielles et s'intéressent à une activité ou une source précise. Le choix de la théorie des sources garantit donc une certaine continuité théorique tout en allant au-delà des approches sectorielles. Elle a aussi le mérite de la clarté. Loin d'être une construction superficielle et pompeuse, elle vise le cœur du sujet avec une approche pragmatique. Plus important encore, c'est cette structure qui permet de répondre, le plus clairement possible, aux difficultés inhérentes au sujet. Ces difficultés viennent effectivement des divergences dans l'interprétation des différentes sources, notamment dans le rapport entre la responsabilité classique et objective. En reprenant le champ doctrinal sous cet angle, nous avons donc essayé d'apporter notre pièce à l'édifice, idéalement avec un regard neuf et plus global.

La place de la responsabilité objective. Il est important de préciser, dès le départ, ce que l'on entend par la place de la responsabilité objective. La question la plus importante est la possibilité de la généralisation de la responsabilité objective. Cette forme de responsabilité est acceptée dans plusieurs droits conventionnels mais se pose toujours la question de son admission en droit non-conventionnel. Nous expliquerons que cette généralisation se fait notamment grâce à la coutume. La place du concept ne se limite pourtant pas à sa généralisation. Elle est déterminée en rapport avec d'autres concepts proches, mais distincts, notamment l'obligation de prévention et donc la responsabilité classique. Malgré les apparences, nous expliquerons la difficulté parfois extrême de distinguer entre les deux formes de responsabilité. Cela dit, il faut savoir si la responsabilité classique peut suffire comme fondement de la responsabilité internationale ou, au contraire, qu'il faut la compléter avec la responsabilité objective. Cela étant dit, il convient de s'interroger sur l'importance de la responsabilité objective et sur le rôle qu'elle joue dans la théorie générale de la responsabilité. En outre, la

détermination de la place de la responsabilité objective suppose également de connaître son champ d'application. En effet, il est essentiel de comprendre dans quels domaines elle peut s'appliquer. L'exemple classique, et le plus largement reconnu, est celui des activités dangereuses. Pour certains, il s'agit du seul domaine où la responsabilité objective doit s'appliquer. Nous pensons, au contraire, qu'elle possède un champ d'application plus vaste, que nous examinerons au cours de cette Première Partie.

Ainsi, le choix de la « place » répond à une volonté de ne pas se limiter à une démarche descriptive et stérile. L'existence de la responsabilité objective n'est donc qu'une première étape. Il convient ensuite d'en évaluer la pertinence, l'importance, la délimitation et la position exacte par rapport à d'autres notions connexes. L'objectif est donc de dépasser un simple inventaire des pratiques étatiques et de l'*opinio juris*. Au contraire, il s'agit d'examiner ce que ces pratiques révèlent quant à la place de la responsabilité objective dans le droit de la responsabilité, voire dans le droit international en général.

Les sources retenues. Toutes les sources et les moyens auxiliaires de la détermination du droit international sont mobilisés sauf les principes généraux de droit (PGD)[122] qui ne sont examinés qu'en filigrane des autres sources. L'exclusion des principes généraux comme un titre ou un chapitre indépendant a aussi été un choix très difficile. Certains dans la doctrine y voient la porte d'entrée principale de la responsabilité objective en droit international non-conventionnel[123]. Nous avons déjà souligné que le seul parmi les manuels du droit international français à avoir reconnu la possibilité de l'admission de la responsabilité objective en droit international non conventionnel se base effectivement sur les principes généraux de droit[124]. En outre, l'une des rares recherches d'ampleur portant exclusivement sur la responsabilité

---

[122] Ces principes sont compris au sens de l'article 38 §1-c) du Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ). Nous n'aborderons pas non plus les « principes généraux du droit international », un concept assez incertain et interprété de manière diverse par la doctrine. Si l'on entend par ces principes ceux dérivés du droit international et inclus dans l'article 38 §1-c), nous partageons l'avis d'une partie de la doctrine, apparemment majoritaire, qui rejette l'inclusion de tels principes dans cette partie de l'article. En revanche, s'il s'agit de principes généraux ayant une valeur coutumière, ils n'ont en réalité aucun lien avec l'article 38 §1-c) et seront examinés dans le Titre I, consacré à la coutume. Voy. à ce sujet les rapports du rapporteur spécial de la CDI, Marcelo Vázquez-Bermúdez, sur les principes généraux du droit, où il expose la signification de ces principes et les débats doctrinaux concernant leur rattachement soit aux principes généraux du droit, soit au droit coutumier :
https://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml#srapprep
Il convient de préciser que dans la doctrine en général et au sein de la CDI en particulier, il existe une forte résistance à l'inclusion des principes généraux issus de l'ordre juridique international dans l'article 38 §1-c) du Statut. Voy. Rapport de la Commission du droit international pour sa 74e Session, doc. A/78/10, 2023, les conclusions 3 et 7 et les commentaires y relatifs, pp. 15-17, 23-26 notamment § 13, p.26.

[123] Voy. *supra* introduction de la thèse, §3.

[124] Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit*., pp. 1157-1158. Voy. *supra* introduction de la thèse, §3 l'état de la doctrine et de la jurisprudence.

objective lui a accordé un titre entier[125]. Deux raisons nous ont pourtant convaincus de ne pas entrer dans les détails de ce sujet. Premièrement, une étude sérieuse portant sur les PGD aurait exigé de très vastes recherches comparées portant sur les régimes juridiques du monde entier. L'approche déjà utilisée[126] consistant à examiner quelques droits internes « de référence » n'est guère satisfaisante. Cela dit, une recherche véritablement universelle nous a paru impossible dans les limites de notre propre recherche.

Deuxièmement, à supposer qu'on pouvait déduire une règle suffisamment homogène à partir des droits internes, la transposition de cette règle en droit international ne va pas de soi. En réalité, les quelques recherches existantes démontrent déjà l'admission très large de la responsabilité objective dans les droits internes[127]. La difficulté ne devrait donc pas résider dans l'existence même du concept mais plutôt dans la « transposabilité » du principe au droit international[128]. L'admission de la responsabilité objective dans les droits internes repose parfois sur des principes tels que la solidarité nationale et l'égalité devant les charges publiques qui ne sont guère transposables en droit international[129]. Même lorsqu'il s'agit véritablement d'une responsabilité et non d'une simple garantie, la nature des rapports juridiques internes est si éloignée de celle des relations internationales que la transposition directe de cette forme de responsabilité est inappropriée. Cela étant dit, l'acceptation étendue de la responsabilité objective dans les systèmes juridiques internes est un signe positif qui pourrait contribuer à la généralisation de la responsabilité objective mais uniquement à titre subsidiaire et en complément des autres sources.

---

[125] Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.*, Part Two, pp. 76-227.

[126] *Ibid.*

[127] *Ibid.* Voy. aussi des recherches effectuées par le Secrétariat des Nations Unies dans le cadre des travaux de la CDI :
Étude établie par le Secrétariat, des régimes de responsabilité ayant trait au sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses), Doc. A/CN.4/543, 24 juin 2004, notamment pp. 101-117 (ci-après l'Étude de 2004) ; *Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » : étude établie par le Secrétariat*, Doc. A/CN.4/471, 1995 (ci-après l'Étude de 1995). pp. 74-81.

[128] Voy. sur la question de la transposition le projet de conclusions provisoirement adopté par le Comité de rédaction en première lecture, Doc. A/CN.4/L.982, 12 mai 2023, projets de conclusion 4 et 6.

[129] Voy. dans le même sens Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 587-588. Dans un passage fort intéressant ils ont développé cette idée :
« Cette forme de responsabilité ne s'impose pas dans tous les systèmes de droit qu'à titre subsidiaire, pour permettre de donner satisfaction à la victime ; elle suppose que la société qui produit ce système de droit ait une homogénéité suffisante pour que les notions de justice, d'équilibre, de solidarité, d'égalité devant les charges ou devant la mauvaise fortune… y soient reçues… En droit international, rien de tel, bien sûr. »
Cette vision est valable pour les principes généraux de droit mais pas forcément pour les autres sources du droit international.

Quant au droit conventionnel, il convient de souligner que, malgré l'intitulé de cette partie (« la place de la responsabilité objective *dans le droit non-conventionnel* »), celui-ci est en réalité présent dans tous les chapitres. Il est notamment abordé dans le Chapitre 1, qui traite du lien entre les conventions et la coutume internationale. Les droits conventionnels sont ainsi étudiés en relation avec d'autres sources et moyens auxiliaires, et non de manière indépendante. Cela s'explique par le fait que la place de la responsabilité en droit conventionnel est assez claire et peu sujette à controverse. Ce qui nous intéresse principalement en matière de droit conventionnel, c'est le régime de la responsabilité objective et la façon dont ces droits l'ont intégré. Comme expliqué précédemment, ces questions seront examinées dans la Deuxième Partie. En réalité, un chapitre consacré à la place de la responsabilité objective dans le droit conventionnel n'aurait été qu'une juxtaposition de régimes spéciaux, sans véritable apport aux problématiques centrales de notre recherche.

Au regard de ce qui vient d'être dit, nous examinerons la place de la responsabilité objective à la fois dans le droit coutumier (Titre I) et dans les moyens auxiliaires de la détermination du droit international (Titre II). Pour les raisons qui seront expliquées plus loin dans notre étude, les droits conventionnels sont inclus dans le Titre I.

Titre I : La place de la responsabilité objective dans le droit international coutumier

L'importance primordiale de la coutume. L'admission d'une règle coutumière prévoyant la responsabilité objective a toujours été au centre de l'intérêt de la doctrine. Une partie importante des travaux de la doctrine relative à ce sujet concerne précisément cette question. Ce phénomène se comprend facilement. L'application de la responsabilité objective dans le cadre conventionnel ne fait pas de doute. Quant aux PGD, pour des raisons similaires à celles que nous avons évoquées, ils ont rarement été examinés dans la doctrine. Cela dit, la coutume reste la seule voie envisageable pour l'existence autonome et généralisée de la responsabilité objective en droit international.

La méthode de l'établissement de la coutume. La CDI s'est penchée sur le sujet dans ses conclusions de 2018 sur la détermination du droit international coutumier (les Conclusions de 2018). Elle a affirmé que pour établir à la fois l'existence et le contenu de la coutume, il convenait d'examiner la pratique étatique et l'*opinio juris* des États. Par conséquent, l'objectif premier de ce Titre est de trouver, catégoriser et analyser la pratique étatique sous ses différentes formes.

Il s'agit donc d'une question ancienne et conflictuelle en droit international. La question principale est le rapport entre la pratique étatique et l'*opinio juris*. La doctrine s'est demandée, depuis très longtemps, si l'*opinio juris* était véritablement séparable de la pratique étatique[130]. Les deux éléments étant entremêlés, une partie de la doctrine a exprimé des doutes quant à la nécessité de prouver l'*opinio juris*[131]. Or, la jurisprudence internationale maintient toujours la nécessité de la prouver[132].

Cette insistance sur l*'opinio juris* est compréhensible. Dans la vision volontariste majoritaire, elle vise à garantir la maîtrise des États sur les règles qui leur sont applicables. Même si cet élément « psychologique » est toujours difficile à établir pour des entités abstraites comme les États, nous ne remettons pas en question l'existence même de cette condition. En revanche,

---

[130] Daillier (P.), Forteau (M.), Pellet (A.), *Droit international public*, 8e éd., LGDJ, 2009, p. 365.

[131] *Ibid.* Voy. aussi Dupuy (P-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public*, 16e éd., Dalloz, 2022., pp. 383-385 ; Dupuy (P-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public*, 17e éd, 2024, pp. 381-383.

[132] *Ibid.* Les exemples sont très nombreux mais pour une démonstration récente voy. CIJ, *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne* (Nicaragua c. Colombie), arrêt sur le fond, 13 juillet 2023, §§46, 57, 77 ; CIJ, *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala* (Chili c. Bolivie), arrêt du 1 décembre 2022*, C.I.J. Recueil 2022*, §111, p. 651.

nous sommes d'accord avec la doctrine sceptique sur la séparabilité des deux éléments. La doctrine des deux éléments, qui n'est qu'une reprise à la lettre de l'article 38§ 1-b du Statut de la CIJ, n'est en réalité qu'une « formalisation largement artificielle du processus coutumier »[133]. En réalité, ces deux éléments sont tellement imprégnés, l'un de l'autre, qu'il est impossible de les séparer. La pratique est en réalité, non pas un préalable à l'*opinio juris*, mais à la fois sa preuve, sa manifestation et son complément consubstantiel[134]. Les deux éléments sont tellement intriqués qu'ils en deviennent indissociables.

Selon cette conception, la pratique étatique est en principe un signe positif qui pourrait révéler l'existence de l'*opinio juris*. Dans le cadre qui nous intéresse, si un État accepte de réparer les victimes, cette réparation (la pratique étatique) est en principe révélatrice d'un sentiment d'obligation. Les États sont responsables de l'utilisation des deniers publics et ne peuvent pas dépenser l'argent public de manière arbitraire. Cela dit, il est difficile d'imaginer pourquoi un État accepterait d'indemniser sans se sentir obligé. On pourrait alors prétendre qu'il s'agit d'une obligation morale ou politique, et non pas juridique. Cependant, comme nous le verrons dans les exemples de ce Chapitre, les États veillent à préciser ce type de motivation extra-juridique en qualifiant les indemnisations d'*ex gratia*.

Ces difficultés sont moindres en ce qui concerne la pratique conventionnelle. En adoptant une convention, les États ont clairement assumé une obligation juridique. La difficulté principale sera donc la possibilité de généraliser cette obligation à des situations qui ne sont pas expressément incluses dans la sphère conventionnelle ou à des États qui n'y sont pas parties. En revanche, pour le sujet qui nous préoccupe, l'*opinio juris* est beaucoup plus difficile à démontrer en dehors du cadre conventionnel. Malgré les indices que nous avons évoqués, l'établissement de l'*opinio juris* rencontre de sérieuses difficultés. Il s'agit d'un domaine où les États n'ont pas pu, ou n'ont pas voulu, exprimer leur volonté de manière tout à fait claire. Même quand ils ont exprimé leur volonté, il existe toujours énormément de contradictions, mais aussi de non-dits.

La preuve de l'*opinio juris*. Il existe d'abord une situation simple. Il y a des cas où les États ont exprimé leur positionnement par rapport à l'existence d'une obligation juridique. Dans certains cas, les États se sont exprimés expressément en faveur de l'existence de la responsabilité objective dans un domaine précis. Dans d'autres cas, ils ont effectué des

[133] Dupuy (P-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public, op. cit.,* p. 385 ; Dupuy (P-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public*, 17e éd, 2024, p. 383.
[134] Voy. *ibid.*, p. 384.

indemnisations tout en précisant qu'il s'agit simplement d'un paiement *ex gratia*. L'élément subjectif de la coutume est donc clairement absent.

Les choses sont plus difficiles quand on doit interpréter les manifestations de volonté des États. En l'absence de position clairement assumée, il nous faut donc des indices pour statuer sur l'existence, ou non, d'une obligation. La répétition est probablement l'élément le plus déterminant. Sans prétendre qu'elle est suffisante, elle présente un indice fort quant à la volonté étatique d'assumer une obligation juridique ou pas[135].

Les sources d'établissement de la coutume. Il ne fait aujourd'hui aucun doute qu'il n'existe pas une voie unique (ni même une voie privilégiée) pour établir la pratique étatique et l'*opinio juris*. Les tribunaux internationaux et notamment la CIJ ont alors adopté une approche assez libérale quant aux voies d'établissement de la coutume[136]. Les preuves de la coutume peuvent alors revêtir une large variété de formes. Il faut chercher la pratique partout où elle est exprimée de manière suffisamment claire. En droit de la responsabilité objective, la première tentation est de déduire une règle générale de la réparation à partir des droits conventionnels qui prévoient cette forme de responsabilité. Nous verrons que même si l'adhésion des États aux droits conventionnels est une preuve positive des éléments de la coutume, elle n'est pas suffisamment importante ni suffisamment uniforme pour justifier une règle coutumière sur cette seule base (Chapitre 1). À défaut, l'ensemble des autres formes de la pratique étatique devront être examinées pour voir si elles démontrent l'existence d'une règle coutumière (Chapitre 2).

[135] Voy. par exemple CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord*, (RFA c. Danemark ; RFA c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, *Recueil. CIJ 1969*, p. 44 ; CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*, avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, pp. 254-255.

[136] Voy. le Projet de conclusion de la CDI sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, 2018, notamment les conclusions 6 et 10.

Chapitre 1 : La coutume représentée à travers les conventions internationales

L'incidence réelle des traités sur la coutume. L'effet relatif des traités internationaux[137] n'enlève rien de leur incidence sur la coutume internationale[138]. Certes, l'acceptation de la responsabilité dans une ou plusieurs conventions ne vaut pas obligatoirement attestation de l'existence d'une coutume internationale. Cependant, l'adhésion plus ou moins importante des États à une règle conventionnelle est révélatrice, à la fois, de leur pratique[139] et de leur *opinio juris*[140]. Les travaux de la CDI sur la coutume ont confirmé cette position. Selon la Conclusion 11 des Conclusions de 2018 sur la détermination du droit international coutumier, une règle énoncée dans un traité *peut* refléter une règle de droit international coutumier. Le traité peut être révélateur de la coutume dans certains cas notamment la codification ou la « cristallisation » des coutumes existantes[141]. Le traité peut aussi servir de point de départ à une nouvelle règle coutumière[142].

L'incidence limitée des traités sur la coutume. Plusieurs personnes dans la doctrine ont essayé de généraliser la responsabilité objective à partir des droits conventionnels[143]. La CDI a elle aussi effectué sa démarche de généralisation essentiellement sur la base des droits conventionnels. L'expérience de ces travaux nous a convaincus que l'insistance sur les seuls droits conventionnels menait à une impasse. En réalité, les droits conventionnels jouent un rôle réel, mais limité, sinon subsidiaire, dans une généralisation éventuelle de la responsabilité

---

[137] Voy. l'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (CVDT).

[138] Voy. sur cette question en général la thèse publiée et primée d'Alexandre Hermet soutenue à Paris II : Hermet (A.), *La convergence des dispositions conventionnelles et la détermination du droit international coutumier*, Paris, Pedone, 2021. Dans la littérature anglophone, l'ouvrage de D'Amato est toujours le « classique » pour ce sujet : D'Amato (A.), *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971.

[139] Voy. aussi les Conclusions de 2018 de la CDI sur la détermination du droit coutumier, la Conclusion 6§2. Il faut pourtant préciser qu'il existe une différence dans le choix des mots en ce qui concerne la pratique étatique et l'*opinio juris*. Pour la pratique étatique, la Conclusion 6 mentionne « la conduite relative aux traités ». Pour l'*opinio juris*, la Conclusion 10 mentionne « les dispositions de traités ». Cette différence ne devrait en aucun cas être comprise comme une exclusion des dispositions conventionnelles pour l'établissement de la pratique étatique. En sachant que l'article 6§ 2 fait même mention des correspondances diplomatiques comme forme de pratique étatique, les traités sont *a fortiori* révélateurs de la pratique étatique.

[140] Les Conclusions de 2018, la Conclusion 10§2. Voy. aussi, Hermet (A.), *La convergence des dispositions conventionnelles et la détermination du droit international coutumier*, *op. cit.,* pp. 22-23.

[141] Les Conclusions de 2018, la Conclusion 11§ 1 a) et b).

[142] *Ibid.,* la Conclusion 11§ 1 c). Voy. aussi CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord* (RFA c. Danemark ; RFA c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, pp. 42-45 ; De Archega (E.), « International Law in the Past Third of a Century », 159 Recueil de Cours 1 (1978), cité *in* Sabharwal (D.), « Treaties are Treaties and Custom is Custom and Never the Twain Shall Meet: The Interplay of Treaties and Custom in International La », *National Law School of India Review*, vol. 12, n° 1, 2000.

[143] Voy. *supra* l'introduction de la thèse, §3 l'état de la doctrine sur le sujet.

objective. Ce rôle limité ne provient pas uniquement de l'effet relatif des traités. Il provient aussi de la diversité et des différences profondes entre les conventions applicables. Même si elles sont toutes conçues autour de la théorie du risque, leurs mécanismes sont tellement divergents qu'il est impossible d'en déduire une règle générale homogène[144].

Cette approche des droits conventionnels a fortement influencé la conception de ce Chapitre. Si nous avions vu une possibilité de généralisation à partir des seuls droits conventionnels, nous aurions dû nous attarder beaucoup plus longtemps sur chacun d'entre eux. Il aurait fallu examiner en détail les négociations menant à la signature des traités ainsi que les pratiques étatiques qui les ont suivis. Nous avons accordé une place bien plus limitée à ces conventions. Elles sont traitées comme de simples exemples de la pratique étatique et d'*opinio juris* qui ne peuvent contribuer à l'existence d'une règle coutumière, que si elles sont accompagnées des autres exemples de pratiques étatiques examinés dans le Chapitre 2. De ce fait, elles sont examinées de manière succincte en mettant l'accent sur le nombre de ratifications. Quand cela est possible, nous examinerons aussi les raisons exprimées pour l'adoption ou le rejet des textes par les États. Nous n'avons pourtant pas tenté d'examiner toutes les pratiques y relatives, avant et après l'adoption des textes.

L'admission de la responsabilité objective. La question fondamentale est donc la possibilité de la généralisation du principe de la responsabilité à partir des droits conventionnels (Section1). Nous verrons que la plupart des conventions ont prévu une responsabilité civile. Ceci pose de sérieuses questions quant à la nature d'une coutume éventuelle. Elle questionne aussi le rapport entre les responsabilités civile et étatique et plus largement entre le droit public et privé. Nous défendrons l'idée selon laquelle une distinction stricte entre les deux aboutit à des résultats intenables (Section 2).

[144] En revanche, il pourrait y avoir des coutumes sectorielles ou régionales dans les domaines spécifiques. La vérification de l'existence, ou non, de telles coutume exige une recherche beaucoup plus large sur toutes les autres formes de pratique étatique dans le domaine en question.

Section 1 : La généralisation des normes conventionnelles

Les grandes catégories. La responsabilité objective a été reconnue dans des domaines divers et variés. *Prima facie* il est difficile de trouver un dénominateur commun entre ces activités. Or, en réalité elles partagent toutes un point commun, à savoir leur caractère dangereux. Il s'agit en effet d'activités hasardeuses ou ultra-hasardeuses. En outre, on y trouve deux catégories d'activités qui sont plus susceptibles de reconnaître la responsabilité objective. Il s'agit d'abord de la protection de l'environnement contre les risques technologiques et industriels et ensuite du domaine du transport. En examinant ces conventions, on s'aperçoit aussi qu'elles sont presque toutes de droit privé, prévoyant une responsabilité civile. Actuellement le seul texte en vigueur prévoyant une responsabilité authentiquement étatique est la Convention sur la responsabilité spatiale de 1972. Au regard des différences fondamentales entre ces deux types de conventions, elles doivent être examinées séparément. En principe chaque régime est susceptible de créer une règle coutumière conforme à sa nature. Une convention qui prévoit la responsabilité étatique pourrait contribuer à la création d'une norme coutumière s'imposant directement aux États. Au contraire, une convention de responsabilité civile pourrait éventuellement aboutir à une obligation indirecte de faire faire. Ainsi, la Convention spatiale pourrait créer une obligation de réparation pour les États eux-mêmes. Les conventions de responsabilité civile ne peuvent que créer une obligation de prévoir la responsabilité civile pour les exploitants d'activités dangereuses.

Les critères de la CIJ. Pour examiner la possibilité de déduire des règles coutumières à partir des droits conventionnels, il convient de suivre la méthode de la CIJ. Malgré le passage du temps, la décision la plus décisive pour ce sujet est toujours le *Plateau continental de la mer du Nord*. Dans cette affaire, la CIJ a explicité les éléments à prendre en considération pour établir une règle coutumière à partir du droit conventionnel[145]. Tout d'abord, la CIJ s'est révélée très exigeante quant à l'adhésion des États à la norme dont l'existence est réclamée. Elle est attentive au fait que beaucoup d'États peuvent n'avoir aucun intérêt à l'existence de la norme en question. Elle comprend donc que les raisons de la ratification d'un texte conventionnel peuvent être « conjecturales ». Cependant, selon elle, un nombre simplement « important » ne suffit pas pour prétendre à l'existence d'une norme coutumière[146]. Bien entendu, elle n'a jamais donné de critère quantitatif précis quant au nombre de pratiques étatiques ou de ratifications requises,

[145] CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord* (RFA c. Danemark ; RFA c. Pays-Bas), *op. cit.*, pp. 38-43.
[146] *Ibid.*, p.42, §73.

mais l'on peut dire, sans risque, qu'elle s'est montrée assez conservatrice dans son appréciation des éléments constitutifs de la coutume. En outre, la Cour a déclaré que la pratique en question devait être à la fois « fréquente » et « pratiquement uniforme »[147]. S'agissant du critère temporel, elle a précisé qu'il n'y avait pas de durée minimale pour la création d'une règle coutumière[148]. La Cour a aussi mis l'accent sur les pratiques des États les plus « pertinentes »[149] pour la norme coutumière en question[150]. À titre d'exemple, si cette règle porte sur le droit de la mer, la pratique des États ayant accès à la mer et plus spécifiquement celle des puissances maritimes sera d'une importance primordiale[151].

La Cour a aussi examiné le rôle des réserves dans la déduction des normes coutumières à partir du droit conventionnel. Selon la Cour, la simple possibilité[152] d'émettre des réserves à une disposition conventionnelle, démontre que cette disposition ne constitue pas la codification d'une norme coutumière existante. Cela étant, pour examiner la possibilité de déduire une règle coutumière, il est nécessaire de s'attarder aussi sur la possibilité d'émettre des réserves et sur son incidence sur la coutume.

Au regard de la jurisprudence de la CIJ, la généralisation du principe dépend de l'étendue de son admission dans les droits conventionnels (§1) et de l'incidence des réserves (§2).

---

[147] *Ibid.*, p. 43, §74.

[148] *Ibid.*, p. 42, §73 :

« … il se peut que, sans même qu'une longue période se soit écoulée, une participation très large et représentative à la convention suffise… »

[149] Ce n'est pas le terme qu'utilise la Cour, mais plutôt d'une notion doctrinale basée sur la jurisprudence de la Cour. Voy. par exemple Scott (G.), Carr (C.), « Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law », *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 71, vol. 25, n° 1, 1996, pp. 87-91.

[150] CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord* (RFA c. Danemark ; RFA c. Pays-Bas), *op. cit.*, p.42 :

« … il se peut que, sans même qu'une longue période se soit écoulée, une participation très large et représentative à la convention suffise, *à condition toutefois qu'elle comprenne les États particulièrement intéressés*. »

Italiques ajoutés.

[151] L'exemple est le nôtre et non pas celui de la CIJ.

[152] La Cour a précisé que l'utilisation de cette possibilité par les États n'a pas d'importance. La simple possibilité, même si les États n'ont émis aucune réserve, suffit pour démontrer que la disposition en question n'est pas une codification du droit coutumier existant.

CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord* (RFA c. Danemark ; RFA c. Pays-Bas), *op. cit.*

§1 L'étendue de l'admission de la responsabilité objective

Pour examiner l'état des droits conventionnels il convient de distinguer entre les instruments de la responsabilité étatique (A.) et civile (B.).

A. L'exemple unique de la responsabilité étatique

Le Traité de 1967. À ce jour, le seul droit conventionnel ayant prévu une responsabilité objective véritablement étatique est celui qui régit les activités spatiales. Il existe plusieurs conventions qui prévoient des obligations pour les États dans le domaine spatial. Cependant, seules deux d'entre elles sont pertinentes pour nous. La première est le Traité de 1967 régissant les activités des États dans l'espace[153]. Adopté sous les auspices de l'AGNU, ce Traité pose les bases du droit de l'espace. En matière de responsabilité, la Convention constitue une première étape nécessaire, mais très générale. Elle a prévu le principe général de la responsabilité de l'État de lancement pour les dommages causés par l'objet lancé sur la Terre, dans l'atmosphère ou dans l'espace extra-atmosphérique. Cependant le Traité ne donne pas davantage d'information sur le contenu de cette responsabilité, notamment sur son fondement (objectif ou classique).

La Convention de 1972. C'est la Convention sur la responsabilité spatiale de 1972 qui apporte ces précisions[154]. Pour l'instant, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur le régime de la responsabilité. Il sera examiné plus loin dans cette étude[155]. Néanmoins, il faut déjà préciser que la Convention a prévu la responsabilité objective seulement pour une partie des activités spatiales. Il s'agit des dommages causés par un objet spatial à un aéronef en vol ou à la surface de la Terre[156]. Dans tous les autres espaces, la responsabilité est conditionnée par le fait illicite. Une partie de la doctrine a contesté l'existence d'une règle coutumière sur la base de cette limite dans le champ d'application. Cette critique est justifiée, car l'on ne peut pas prétendre que la responsabilité objective est acceptée dans le domaine spatial tout entier. En revanche, si on s'intéresse à une coutume spécifique au domaine spatial, la critique perd de son importance. Dans le domaine spatial, cette restriction va seulement limiter la portée d'une obligation éventuelle, à l'atmosphère et à la surface de la Terre. Elle ne met aucunement en question l'existence même du principe.

---

[153] Le nom complet du Traité est le suivant : Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes.
[154] La Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux a été conclue à Londres, Moscou et Washington le 29 mars 1972.
[155] Voy. *infra* Deuxième Partie, Chapitre 5.
[156]Article II de la Convention de 1972 sur la responsabilité spatiale.

L'état des ratifications. La Convention spatiale est une convention assez largement ratifiée, notamment par les puissances spatiales. Le nombre assez élevé des ratifications est donc un signe positif dans l'examen de la pratique étatique. En mars 2024, la Convention de 1967 compte 114 États parties. Il y a aussi 22 États qui ont signé le Traité, mais ne l'ont pas encore ratifié[157]. La Convention de 1972 a été moins bien reçue par les États. Elle est ratifiée par 63 États. En outre, 11 États l'ont signée, mais ne l'ont pas encore ratifiée. Néanmoins, les principales puissances spatiales du monde ont ratifié la Convention. Les États-Unis, l'ex-URSS, la France, la Chine, le Royaume-Uni, l'Allemagne, le Japon, Israël et l'Inde figurent parmi les États qui ont ratifié la Convention[158]. Par conséquent, la Convention spatiale joue un rôle important dans la détermination d'une éventuelle règle coutumière générale. Elle est aussi très significative pour l'existence d'une règle spécifique au droit spatial. Une partie de la doctrine a déjà défendu l'existence d'une coutume universelle, mais spécifique au domaine spatial sur la base de cette Convention[159]. Dans cette lecture de la coutume, l'accent est mis sur la participation des États « pertinents »[160] dans le domaine spatial et non pas sur le nombre d'États participants dans l'absolu.

B. Les instruments de la responsabilité civile

Il existe aussi de nombreuses conventions qui ont prévu la responsabilité civile. Ces conventions sont adoptées dans les domaines assez différents. Il est pourtant possible d'y voir plusieurs catégories. Actuellement, le transport et la protection de l'environnement des accidents industriels sont les domaines privilégiés. Certaines autres activités dangereuses ont aussi justifié la mise en place d'un régime objectif, s'agissant notamment du domaine nucléaire. Il s'agit des activités qui exigent une réglementation internationale, à défaut de laquelle, les victimes risquent de perdre toute protection. Dans cette optique les conventions de l'OMI (1.), les conventions portant sur le domaine nucléaire (2.), le transport aérien (3.), le transport ferroviaire (4.) et les instruments destinés à la protection de l'environnement (5.) seront examinés. Il existe aussi deux instruments qui portent sur les déchets dangereux et le transport des matières dangereuses (6.). Enfin, une précision s'impose concernant certains instruments

---

[157] Voy. l'état des ratifications ci-dessous :
https://treaties.unoda.org/t/outer_space/participants
[158] Voy. l'état des ratifications ci-dessous :
https://www.ecolex.org/fr/details/convention-on-international-liability-for-damage-caused-by-space-objects-london-version-tre-000417/participants/?q=marine&sortby=oldest&type=literature&page=14
[159] Scott (G.), Carr (C.), « Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law », *op. cit.*, pp. 88-89.
[160] Voy. l'introduction du présent Chapitre. Ces États sont en réalité les États les plus intéressés.

qui ont parfois été présentés sous la responsabilité objective, mais qui en réalité relèvent de l'obligation de prévention (7.).

1. Les instruments de l'OMI

La présentation des conventions. Plusieurs des conventions adoptées sous les auspices de l'OMI ont retenu la responsabilité objective. Elles portent toutes sur le transport maritime. La première a été la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (ci-après la CLC) de 1969 qui porte sur le transport maritime des hydrocarbures. Cette Convention est un instrument majeur et décisif dans le développement de la responsabilité objective. Nous verrons plus loin dans cette thèse que plusieurs des solutions retenues par cette Convention ont ensuite été appliquées dans d'autres instruments internationaux[161]. S'en sont suivies la Convention de 1996 portant sur le transport des substances nocives et potentiellement dangereuses (SNPD), la Convention sur les hydrocarbures de soute de 2001 et la Convention d'Athènes de 1974 sur le transport maritime des passagers et de leurs bagages[162]. Enfin, la Convention de Nairobi sur l'enlèvement des épaves de 2007 a aussi prévu la responsabilité objective. L'ensemble de ces conventions, sauf la Convention d'Athènes, prévoient la responsabilité du propriétaire du navire. La Convention d'Athènes prévoit la responsabilité du transporteur.

L'état des ratifications — la CLC. La CLC est la convention qui a recueilli le plus grand nombre de ratifications. D'abord adoptée en 1969, elle a été modifiée par un Protocole de 1976 et un autre de 1992. Il y a toujours des États qui sont parties à la CLC 1969 ou 1976, mais l'objectif est, à terme, de remplacer ces textes par le Protocole de 1992. En mars 2024, la CLC 1969 compte 33 États parties, le Protocole de 1976 est en vigueur dans 53 États[163] et le Protocole de 1992 dans 142 États[164].

La SNPD. La Convention SNPD sur le transport des substances dangereuses mérite une attention particulière. Elle a d'abord été adoptée en 1996, mais seuls 14 États l'avaient

---

[161] Voy. *infra* la Deuxième partie, Titre IV.

[162] La Convention d'Athènes prévoit en réalité une présomption de faute plutôt qu'une responsabilité objective « pure ».

[163] Les navires marchands issus de ces États comptent pour 61,47 % du tonnage brut de la flotte marchande dans le monde.

[164] Voy. IMO, *Status of international treaties,* 18 mars 2024, pp. 269-275, 281-287, 287-295.

signée[165]. Au regard de l'importance stratégique de la question[166], la Convention a été remplacée par un Protocole de 2010 afin de la rendre plus acceptable pour les États. L'objectif de l'entrée en vigueur de la Convention n'est toujours pas atteint. Pour cela, la Convention doit être adoptée par au moins 12 États[167]. La Convention compte actuellement 8 États parties[168]. Néanmoins, il ne faut pas la ranger du côté des Conventions pratiquement « mortes » (telles que la Convention de Lugano), car il y a toujours des États qui y adhèrent. Le dernier exemple en date est la Slovaquie qui a déposé son document en novembre 2023[169]. L'OMI continue activement la promotion de cette convention. Elle a par exemple organisé un séminaire en 2023 qui avait justement comme objectif d'inciter les États à ratifier la Convention. À cette occasion, Frederick Kenney, le directeur du département juridique et des relations extérieures de l'IMO a précisé que 5 nouveaux États s'étaient déclarés prêts pour ratifier la Convention[170]. Ce mouvement politique est une preuve positive quant à l'intérêt toujours vif des États pour adhérer aux régimes de la responsabilité objective.

La Convention de 1971 sur le transport maritime des matières nucléaires. Le transport des matières nucléaires en mer a depuis longtemps préoccupé la communauté internationale. À titre d'exemple, en 2015 l'AGNU avait souligné l'insuffisance du régime actuel et avait plaidé pour un régime plus effectif. Elle avait donc mis en avant le risque des répercussions du transport maritime des matières radioactives sur l'environnement et sur l'économie des États côtiers. À l'AGNU de préciser « qu'il est important de mettre en place des régimes de responsabilité effectifs »[171]. En effet, les règles de la responsabilité classique ne sont pas adaptées aux dangers que pose le transport maritime des matières nucléaires. Ces difficultés ont incité les États à prendre des mesures préventives à l'égard des navires nucléaires. Dans l'Amérique latine, les États de la Communauté caribéenne (CariCOM) ont déclaré refuser le transport maritime de

[165] Les navires marchands issus de ces États comptaient pour 13,83 % du tonnage brut de la flotte marchande dans le monde.
[166] Voy. sur l'importance de cette Convention le site de l'OMI :
https://www.imo.org/fr/MediaCentre/HotTopics/Pages/HNS-2010.aspx
[167] Au moins quatre États parties doivent avoir au moins 2 millions d'unités de jauge brute. En outre, la quantité totale de cargaisons donnant lieu à contribution doit atteindre au moins 40 millions de tonnes. Voy. la Convention SNPD, les articles 20 et 21.
[168] Voy. IMO, *Status of international treaties,* 18 mars 2024, pp. 525-527.
[169] Un autre séminaire a aussi eu lieu en mai 2024 au siège de l'OMI à Londres. Voy. les détails et le programme : https://www.hnsconvention.org/activity/workshop-on-the-2010-hns-convention-to-take-place-in-may-2024/
[170] Il s'agit des Pays-Bas, de la Belgique, et de la France et de l'Allemagne et des Philippines. Voy. le site de l'OMI :
https://www.imo.org/en/MediaCentre/MeetingSummaries/Pages/Workshhop-on-the-2010-HNS-Convention.aspx
Parmi ces États, la France l'a effectivement ratifié en octobre 2023.
[171] AGNU, « Les océans et le droit de la mer », le 23 décembre 2015, A/RES/70/235, § 148.

toute matière radioactive dans l'ensemble de la mer des Caraïbes[172]. En outre, la doctrine a rapporté une multitude d'exemples concernant les États ayant restreint, voire interdit, le passage des navires nucléaires ou transportant des matières nucléaires dans leur ZEE[173]. En raison de ces dangers, il y a eu un effort d'encadrement du transport maritime des matières nucléaires. C'est la Convention de 1971, adoptée sous les auspices de l'OMI qui a tenté de régler cette question. Cependant, la Convention n'a pas été bien reçue par les États. Elle est entrée en vigueur le 15 juillet 1975, mais elle ne compte que 17 États contractants. Ces États disposent de 17,93 % du volume de transport maritime.

Les autres conventions. La Convention de 2001 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute a aussi retenu la responsabilité objective. Elle est adoptée sous les auspices de l'OMI et complète la CLC. Elle est entrée en vigueur le 21 novembre 2008. Elle compte 107 États parties. Il en va de même pour la Convention de Nairobi de 2007. Celle-ci est entrée en vigueur le 14 avril 2015 et compte 67 États parties[174]. En ce qui concerne la Convention d'Athènes de 1974, elle est entrée en vigueur le 28 avril 1987. Actuellement, elle compte seulement 25 États parties en sachant que beaucoup d'autres États ont dénoncé la Convention afin d'adhérer à ses protocoles ultérieurs. Il s'agit du Protocole de 1976 qui compte 16 États parties et surtout du Protocole de 2002 qui compte 36 États parties. L'état de ces conventions, adoptées, entrées en vigueur ou mises à jour après les travaux de la CDI atteste de l'actualité de la responsabilité objective. Loin d'être un concept abandonné, elle continue à ouvrir son chemin en droit international, même s'il s'agit essentiellement de la voie privée.

2. Les instruments portant sur l'énergie nucléaire

Le droit de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Il existe deux séries d'instruments de responsabilité civile en matière nucléaire. La première est celle de l'OCDE régie par la Convention de Paris de 1960 et ses protocoles successifs. La deuxième est celle de l'Agence internationale de l'énergie atomique (AIEA) régie par la Convention de Vienne de 1963 et les protocoles y relatifs. Le premier texte en matière du droit nucléaire, la Convention de Paris du 29 juillet 1960, a été adopté sous les auspices de l'OCDE. Cette Convention, n'est donc pas d'application universelle et s'applique uniquement aux États

---

[172] Ricard (P.), « Le nucléaire et la mer : entre passé, présent et futur » *in* Neri (K.) (ed.), *Le droit international et le nucléaire*, Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 448.
[173] *Ibid.* pp. 448-449. Plus généralement, pour voir une analyse des risques liés au nucléaire dans la mer voy. le chapitre de Pascale Ricard dans cet ouvrage, pp. 429-457.
[174] Voy. IMO, *Status of international treaties*, 18 mars 2024, pp. 553-559.

membres de l'OCDE. Elle a ensuite été complétée par la Convention de Bruxelles 1963 qui offrait un financement complémentaire aux victimes. En outre, la Convention de Paris a été amendée à trois reprises, le 28 janvier 1964, le 16 novembre 1982 et le 12 février 2004. La dernière version applicable de la Convention est alors celle amendée par le Protocole de 2004 et qui est entré en vigueur le 1er janvier 2022.

La Convention de 1960, telle qu'amendée par le Protocole de 1964 et 1982, compte 16 États parties. Parmi ces États on trouve les grandes puissances nucléaires européennes, dont la France, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Espagne et l'Italie[175]. On voit que presque tous les États disposant d'un programme nucléaire en Europe et la Russie sont parties à, au moins, un droit conventionnel. Cela étant, l'existence d'une coutume régionale basée sur le droit conventionnel est fort probable. La cohésion régionale de beaucoup de ces États, notamment les membres de l'Union européenne, plaide davantage pour l'existence d'une telle coutume.

Le Protocole de Bruxelles quant à la réparation complémentaire compte 12 États parties. Le Protocole de 2004 n'est ratifié que par la Norvège et la Suisse. Le Royaume-Uni l'a signé, mais pas encore ratifié.

Le droit de l'AIEA. Contrairement au premier droit conventionnel, le deuxième est adopté par une organisation de portée universelle. Par conséquent, il jouit d'une application géographique plus large[176]. Il s'agit d'un texte adopté sous les auspices de l'AIEA le 21 mai 1963. La Convention de Vienne a été amendée par le Protocole du 12 décembre 1997. Cela dit, la dernière version applicable de cette Convention est celle amendée par le Protocole de 1997 et entrée en vigueur depuis le 4 octobre 2003.

La Convention de Vienne sur la réparation complémentaire. À l'image de son concurrent, la Convention de Vienne a, elle aussi, été complétée par la Convention de réparation complémentaire des dommages nucléaires (CRC) adoptée en 1997. Cependant, la CRC a pour particularité d'être ouverte, non seulement à l'ensemble des États parties à l'un des deux droits conventionnels, mais aussi à tout autre État désirant l'appliquer. Cela dit, la seule condition est que sa législation interne soit compatible avec les règles de responsabilité civile prévue dans la

---

[175] Le maintien ou la réintroduction de l'énergie nucléaire est un sérieux sujet de débat public dans l'ensemble de ces États. L'Allemagne a pourtant mis fin à la production d'électricité par l'énergie nucléaire en 2023. Cependant, dans le contexte politique actuel, notamment la guerre en Ukraine, plusieurs partis politiques plaident pour le retour de l'énergie nucléaire. L'Italie disposait de quatre centrales nucléaires, mais elle a fermé les deux dernières en opération après l'accident de Tchernobyl.

[176] Au 2 mars 2022, l'AIEA comptait 175 États membres. Parmi ces États 44 sont parties à la Convention de Vienne.
Pour les États membres : https://www.iaea.org/fr/laiea/liste-des-États-membres
Pour le statut des conventions nucléaires : https://www.iaea.org/resources/treaties/treaties-under-IAEA-auspices

Convention[177]. Cette Convention a donc comme avantage d'avoir une ouverture maximale, même aux États qui ne veulent pas participer directement à l'un des deux droits conventionnels. Il s'agit notamment des États-Unis, l'Inde et le Japon, qui ne sont parties à aucun des deux droits principaux et qui sont seulement parties à ce Protocole.

Le Protocole commun. En 1988, soit un an après l'accident de Tchernobyl, un Protocole commun a été adopté qui fait le lien entre les deux droits conventionnels. Concrètement, si les deux États en question, l'État d'origine et l'État victime sont parties au Protocole, les victimes pourront bénéficier des avantages de l'autre convention, à laquelle leur État national n'est pas partie. Ce Protocole est uniquement ouvert aux États qui sont parties à l'un ou l'autre des droits conventionnels.

L'état de ratifications des Conventions de Vienne. La Convention de Vienne sur la réparation en matière de dommages nucléaires est aujourd'hui en vigueur à la fois dans sa version originale et selon ses protocoles. La Convention de 1963 est toujours en vigueur dans 45 États. On y retrouve la République tchèque, la Hongrie, la Russie, l'Ukraine et la Roumanie qui ont des programmes nucléaires assez importants[178]. Le Protocole de 1997 à la Convention compte 16 États parties[179]. Il est entré en vigueur le 4 octobre 2003. Cependant, à part la Roumanie, aucun des États parties ne dispose d'un programme nucléaire significatif. La Convention de Vienne sur la réparation complémentaire quant à elle est entrée en vigueur le 15 avril 2015 et compte 11 États parties dont trois grandes puissances nucléaires[180]. Enfin le Protocole commun de 1988 compte 34 États parties. On trouve parmi ces États notamment la France, l'Allemagne, la Suisse, la Suède, les Pays-Bas, la République tchèque et la Roumanie[181].

Un accueil étatique très large. Il faut préciser qu'ici, notre objectif n'est pas de nous prononcer définitivement sur l'existence d'une règle coutumière prévoyant la responsabilité objective dans le domaine nucléaire. L'affirmation d'une telle règle exige une étude beaucoup plus vaste

---

[177] Voy. le site officiel de l'AIE :
https://www.iaea.org/topics/nuclear-liability-conventions/convention-supplementary-compensation-nuclear-damage

[178] Les réacteurs nucléaires produisent presque la moitié de l'électricité en Ukraine (15 réacteurs, état avant la guerre) et en Hongrie (4 réacteurs). Ils produisent aussi un tiers de l'électricité en République tchèque. La Russie quant à elle dispose de 37 réacteurs qui ont produit 1121 TWh en 2019. La Roumanie dispose aussi de deux réacteurs nucléaires qui produisent 20 % de son électricité.
Voy. la fiche de chacun de ces états ci-dessous :
https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles.aspx

[179] Voy. l'état de la ratification de la Convention sur le site de l'AIEA :
https://www.iaea.org/sites/default/files/23/09/protamend_status.pdf

[180] Voy. l'état de la ratification de la Convention sur le site de l'AIEA :
https://www.iaea.org/sites/default/files/22/06/supcomp_status.pdf

[181] Voy. le site de l'AIEA :
https://www.iaea.org/sites/default/files/23/09/jp_status.pdf

et plus approfondie qui prenne en compte toutes les autres formes de la pratique étatique et de l'*opinio juris* relative à la responsabilité objective. Cependant, dans les limites que nous nous sommes fixées, ces conventions sont toujours un signe très positif de l'accueil étatique quant à la responsabilité objective pour les activités à risque.

Ces textes prévoient des règles similaires, mais distinctes. Il n'est donc pas possible de se baser sur une seule convention pour prétendre à l'existence d'une règle coutumière. En revanche, l'ensemble de ces textes ont en commun le principe de la responsabilité objective qui incombe à l'exploitant de l'installation nucléaire. Ils s'appliquent aussi aux grandes puissances nucléaires (civiles) sauf la Chine qui n'a toujours pas adhéré à ces droits conventionnels. Cela dit, en droit nucléaire, il existe un soutien étatique très fort au principe même de la responsabilité objective qui dépasse une zone géographique particulière. Nous avons déjà évoqué que cet attachement est encore plus grand et cohérent dans l'Europe grâce à la portée géographique de la Convention de Paris[182]. Cet accueil étatique est un signe très positif pour l'acceptation de la responsabilité objective pour le risque nucléaire, mais pour la théorie de la responsabilité objective en général.

3. La Convention de 1962 portant sur les navires nucléaires

Le contexte d'adoption et l'état des ratifications. Comme toutes les autres questions liées à l'énergie nucléaire, l'encadrement des navires nucléaires est avant tout motivé par des considérations politiques. La Convention de 1962 sur la responsabilité des exploitants des navires nucléaires est ainsi fortement influencée par des considérations politico-sécuritaires. Les navires nucléaires étant uniquement opérés par les États, cette Convention s'appliquait uniquement aux personnes publiques. Cependant, elle semble prévoir un régime de responsabilité civile. Il est intéressant à noter qu'au contraire de la plupart d'autres conventions, elle ne prévoit pas cette qualification dans son titre ni dans ses articles. Cette nature privée ressort pourtant du régime d'application de la Convention. En effet, elle prévoit la responsabilité de l'exploitant et non pas de l'État de pavillon[183]. En outre, elle prévoit la compétence des tribunaux internes soit de l'État dont émane la licence, soit de l'État sur le territoire duquel le dommage nucléaire a été subi[184].

La Convention n'est jamais entrée en vigueur. Elle a été ratifiée par 7 États et 14 autres États l'ont signée sans pour autant la ratifier. Il est important de rappeler qu'aucun des États l'ayant

[182] Voy. *supra* le droit de l'OCDE.
[183] Voy. l'article II§1 ainsi que l'article I§§2-3.
[184] Voy. l'article X.

ratifiée n'est une puissance nucléaire disposant de navire nucléaire[185]. Parmi les États signataires, on trouve la Chine et l'Allemagne, capables de construire ces navires, mais qui ne sont pas parties à la Convention. Parmi les États signataires, seule l'Allemagne a disposé d'un navire nucléaire civil. L'*Otto Hahn* allemand avait largué les amarres en 1970 et il a été opéré pendant neuf ans. Cependant, étant trop cher à opérer, il a finalement été converti en diesel[186]. L'*Otto Hahn* allemand n'était pas le seul navire à s'être révélé peu économique. Il y a eu seulement quatre navires nucléaires commerciaux, dont un seul reste toujours en service[187]. Ces navires ont constitué, avant tout, un essai technique pour mesurer la faisabilité d'un projet nucléaire. Par conséquent, les États concernés ont tous abandonné leur opération sauf la Russie qui en garde toujours un en service[188]. Elle semble être aussi le seul pays à utiliser d'autres navires nucléaires (seulement des brise-glace) à des fins non militaires.

Les navires de guerre. Contrairement aux navires civils, peu économiques et donc peu utilisés, les navires de guerre et les sous-marins nucléaires ont été plus largement utilisés par les États. Ces navires ont l'avantage d'une autonomie et d'une vitesse très importantes. Cet avantage est tel qu'il justifie leur coût, lui aussi très important[189]. Les sous-marins sont notamment utilisés comme moyen stratégique portant des armes nucléaires. Les navires de guerre, *stricto sensu*, sont aujourd'hui surtout utilisés en tant que porte-avions. Il existe aussi des croiseurs de bataille (*battlecruisers*) à propulsion nucléaire toujours utilisés par la marine russe.

Une contradiction interne non résolue. La difficulté principale dans l'adoption de la Convention de 1962 vient justement de leur utilisation presque exclusivement militaire. Nous avons déjà souligné que seule la Russie continue à utiliser les navires nucléaires civils en nombre limité. Il s'agit notamment des brise-glace utilisés dans les mers du nord de la Russie. Le reste étant des navires de guerre, il y a eu un grand débat quant à leur inclusion dans la Convention. À l'issue de ces débats, le texte final a précisé qu'elle était sans préjudice de

---

[185] La Convention a été ratifiée par les États suivants : Le Congo, le Madagascar, le Liban, Les Pays-Bas, le Portugal, le Suriname et la Syrie.

[186] Kingo (H.), Takeshi (Y.), Yoshiaki (S.), Yoshiaki (I.), « Decommissioning of nuclear ship 'Otto Hahn' », Dekomisshoningu Giho, n°2, 1990, p.7.

[187] Il s'agit de *Sevmorput* soviétique qui a depuis été réparé et remis en service par la Russie. Voy. aussi : https://en.portnews.ru/news/342298/

[188] Mise à part la Russie, les États-Unis, l'Allemagne et le Japon ont déjà produit des navires nucléaires civils.

[189] En 2011, le *Congressional Budget Office* a effectué une analyse de rentabilité sur l'augmentation du nombre de navires de guerre à propulsion nucléaire. Selon les résultats de cette analyse, le prix initial des navires nucléaires est supérieur à ceux conventionnels. Or, une fois que le navire est mis en service, leur combustible ne présente pas de coût additionnel. Voy. les résultats de cette analyse : https://www.cbo.gov/publication/42180

l'immunité des navires de guerre[190]. Or, en l'état actuel de leur utilisation, ceci revient à vider la Convention de toute utilité. L'utilisation de ces navires étant presque exclusivement militaire, il est inutile d'adopter une convention qui ne va régir que la marine russe. Ce n'est donc pas étonnant que seuls 7 États aient ratifié la Convention dont aucun ne dispose de navire nucléaire.

4. La responsabilité aérienne

Un droit conventionnel bien accueilli par les États. Comme d'autres droits conventionnels liés au domaine du transport, le droit aérien est aussi très bien accueilli par les États. Cet accueil favorable se justifie par une nécessité technique. Il s'agit d'une activité dangereuse, récurrente et potentiellement transfrontalière. Dès lors, les États ont tout intérêt à la soumettre à un régime de responsabilité spécifique.

Le panorama des conventions applicables. Dans ce domaine, la coopération internationale est organisée sous l'égide de l'Organisation de l'aviation civile internationale (l'OACI). C'est dans le cadre de cette organisation que les conventions de référence en la matière ont été adoptées. La première étape importante dans le développement du droit aérien concerne l'adoption de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international. La Convention se penche sur plusieurs questions, notamment, celle de l'indemnisation des passagers et de leurs bagages. Elle a été amendée par le Protocole de la Haye du 28 septembre 1955 et par celui de Montréal du 25 septembre 1975.

La Convention de Varsovie telle qu'amendée devait progressivement être remplacée par la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international (la Convention de Montréal de 1999). En effet, la Convention de Montréal de 1999 l'emporte sur la Convention de Varsovie et ses protocoles[191]. En attendant, la Convention de Varsovie est toujours applicable entre les parties qui n'ont pas ratifié celle de Montréal.

L'état des ratifications. En mars 2024, la Convention de Varsovie était ratifiée par 152 États et le Protocole de la Haye par 137 États[192]. Les Protocoles de Montréal numéros 1 à 4 sont respectivement ratifiés par 51, 52, 22 et 61 États[193]. La Convention de Montréal de 1999 compte

[190] Article 10§ 3. Ce même paragraphe a pourtant prévu que les États devaient renoncer à leur immunité en dehors des navires de guerre ou les autres navires utilisés à des fins non commerciales.
[191] Article 55 de la Convention de Montréal de 1999.
[192] Voy. la liste des États parties sur le site de l'OACI : https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/WC-HP_EN.pdf
[193] Voy. le dernier état des ratifications sur le site de l'OACI : https://www.icao.int/secretariat/legal/Lists/Current%20lists%20of%20parties/AllItems.aspx

139 États parties[194]. Qu'on se base sur la Convention de Varsovie telle qu'amendée ou sur la Convention de Montréal de 1999, le nombre des ratifications est suffisamment important pour songer à une coutume spécifique applicable au domaine aérien. Il appartiendra ensuite aux spécialistes du domaine d'examiner d'autres éléments de la pratique et de l'*opinio juris* étatique afin de savoir si une coutume universelle ou même locale pouvait en être déduite. Quant à une coutume générale et universelle, ce nombre de ratification est un signe positif de l'accueil étatique à l'application de la responsabilité objective aux activités dangereuses mais qui ne pourra contribuer à l'existence d'une telle règle, que s'il est accompagné par d'autres preuves de la pratique étatique et de l'*opinio juris*[195].

Les dommages causés *par* l'aéronef. En outre, il existe aussi une série de Conventions, non pas pour les dommages causés en aéronef, mais *par* l'aéronef. Initialement, il s'agissait de la Convention de Rome du 7 octobre 1952 qui prévoyait une responsabilité objective de l'exploitant. Deux conventions de 2009 ont pour vocation de remplacer celle de Rome[196], mais elles ne sont toujours pas entrées en vigueur. En comparaison avec les conventions de Varsovie et de Montréal, la Convention de Rome a été moins bien reçue avec seulement 51 États parties[197].

5. La responsabilité ferroviaire

Le contexte juridique. Toujours dans le domaine des transports, il existe aussi une convention adoptée pour le transport ferroviaire. Elle est adoptée sous les auspices de l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (l'OTIF). Il s'agit de la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (la COTIF) du 9 mai 1980. Elle a ensuite été complétée par un Protocole du 3 juin 1999.

---

[194] Voy. le site de l'OACI :
https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Mtl99_FR.pdf

[195] Il faut aussi relativiser l'importance du nombre de ratifications notamment quand on le compare avec d'autres conventions telles que les Conventions de Genève (1949) et la Convention contre les discriminations raciales (1966). La première de ces Conventions a été ratifiée par 196 États dont tous les dont tous les membres de l'ONU et la deuxième par 182 États. Voy. l'état des ratifications de ces Conventions sur les sites de l'ONU et du Département fédéral suisse des affaires étrangères :
https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/traites-internationaux/depositaire/protection-des-victimes-de-la-guerre.html;
https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&clang=_fr

[196] Il s'agit de la Convention relative à la réparation des dommages causés aux tiers par des aéronefs ainsi que la Convention relative à la réparation des dommages causés aux tiers suite à des actes d'intervention illicite faisant intervenir des aéronefs.

[197] Voy. la liste des États parties sur le site de l'OACI :
https://www.icao.int/secretariat/legal/List%20of%20Parties/Rome1952_FR.pdf

La Convention prévoit un régime « classique » de la responsabilité objective, celle d'une responsabilité objective stricte qui revient au transporteur. Ce dernier peut limiter sa responsabilité sauf en cas de faute intentionnelle ou téméraire avec la conscience qu'un dommage en résulterait probablement.

L'état de la COTIF. La Convention de 1980 a été adoptée par 49 États ainsi que par l'Union européenne qui l'a ratifiée dans sa teneur du Protocole de 1999[198]. Le Protocole est quant à lui entré en vigueur le 1er juillet 2006. Il compte 50 États parties. Parmi eux, on trouve notamment les États membres de l'Union européenne, le Royaume-Uni, la Suisse (l'État de siège de l'OTIF) et la Russie. Les absents les plus notables sont les États-Unis, la Chine, l'Inde et le Brésil. Au regard de l'importance des ratifications en Europe, au sens large, l'existence d'une coutume régionale nous semble tout à fait plausible. Ceci d'autant plus que tous les pays nordiques et la plupart des États de l'Europe de l'Est sont aussi parties à la Convention.

6. *Les instruments portant sur la protection de l'environnement*

Les trois textes conventionnels. Il s'agit de trois textes conventionnels à savoir la Convention de Lugano, le Protocole de Kiev et l'Annexe VI du Protocole sur l'Antarctique. Aucun de ces textes n'est entré en vigueur. Le sort de ces Conventions est assez significatif pour connaître la position des États envers une règle générale de responsabilité objective. Le texte le plus emblématique est la Convention de Lugano, adoptée sous les auspices du Conseil de l'Europe. Il s'agissait, à l'époque, du premier texte à prévoir un principe général de responsabilité pour les dommages causés à l'environnement. Même si elle n'est jamais entrée en vigueur, elle est toujours un document de référence en droit de l'environnement, notamment pour la notion du dommage réparable[199].

La non-ratification de la Convention de Lugano. Adopté en 1993 ce texte n'est jamais entré en vigueur. Sans donner de référence précise, la doctrine a mentionné l'incidence des lobbies sur l'inaction des États ainsi que celle de la Communauté économique européenne de l'époque[200]. Ce qu'on sait pourtant, ce sont les réticences du secteur des assurances quant à l'acceptation d'un principe général[201]. Ce secteur ne se croyait alors pas préparé pour assumer une telle responsabilité. À cet égard, un échange écrit entre un parlementaire français et le

[198] Il faut aussi ajouter la Jordanie en tant que « membre associé ».
[199] Voy. la Deuxième Partie, notamment le chapitre 7 sur la notion du dommage.
[200] Martin (G.), « La responsabilité pour les dommages causés à l'environnement, un sujet toujours d'actualité ? », *Droit et ville*, 1999, tome 47, p. 86
[201] *Ibid.*, pp. 87-88.

ministère des Affaires étrangères mérite l'attention[202]. Dans sa question écrite, le sénateur About s'était étonné de la non-ratification de la Convention par la France. La réponse du Ministère commença par admettre l'importance de la Convention pour la protection de l'environnement. Ensuite, les raisons de la non-ratification furent expliquées :

> « … Cette convention étant novatrice sur nombre d'aspects, une étude approfondie des dispositions du texte doit être effectuée par les administrations intéressées afin de mesurer toutes les conséquences susceptibles d'être entraînées pour la législation française par sa ratification. En effet, la convention instaure, entre autres dispositions, un régime de garantie financière obligatoire, *alors que la maturation du marché de l'assurance du dommage écologique ne paraît pas encore être parvenue à son terme*. Ce n'est que lorsque cette étude sur les effets en droit interne d'une ratification de la convention de Lugano sera achevée que notre pays pourra envisager d'y adhérer. »[203]

30 ans plus tard, le secteur des assurances semble toujours aussi réticent à assumer un principe général de responsabilité. *In fine*, seuls neuf États ont signé la Convention. Aucun de ces États ne l'a ratifié.

Le Protocole de Kiev. Le Protocole sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières a été adopté le 21 mai 2003. Il se rapporte à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et à la Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels.

Les deux Conventions adoptées en 1992 à Helsinki sont toutes les deux entrées en vigueur[204], mais ce ne fut jamais le cas du Protocole de Kiev qui a été signé par 24 États dont 1 seulement l'a ratifié[205]. Nous ne disposons pas d'informations précises quant aux raisons qui ont justifié l'inaction des États à son égard. Néanmoins, son champ d'application assez large pourrait figurer parmi ces raisons. En effet, le Protocole recouvre les « dommages causés par les effets transfrontières d'un accident industriel sur les eaux transfrontières »[206]. Il n'est donc pas limité à une industrie en particulier.

L'Annexe VI du Protocole au Traité sur l'Antarctique. L'Annexe VI porte sur les questions de responsabilité. Elle est rattachée au Protocole de Madrid relatif à la protection de l'environnement de l'Antarctique. Ce dernier est lui-même un protocole du Traité sur l'Antarctique. Au regard de la complexité du contexte juridique de ce texte, quelques précisions

---

[202] Voy. le texte complet sur le site du Sénat :
https://www.senat.fr/questions/base/1997/qSEQ970700960.html
[203] *Ibid.* Italiques ajoutés.
[204] La Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels compte 42 États parties et celle sur les cours d'eau internationaux compte 52 États ainsi que l'Union européenne.
[205] https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-16&chapter=27&clang=_en
[206] Article 3§ 1 du Protocole de Kiev.

s'imposent. Le Protocole de Madrid est en réalité le résultat de l'échec d'un autre texte avec un objectif similaire. Il s'agissait de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique (CRAMRA) de 1988. Beaucoup d'États avaient considéré que cette Convention ne permettait pas de protéger suffisamment l'environnement de l'Antarctique. Par conséquent, le Protocole de Madrid a été adopté qui met l'accent, justement, sur la protection de l'environnement en Antarctique. Il a déclaré l'Antarctique comme une « réserve naturelle consacrée à la paix et à la science »[207]. Il a aussi prévu que « toute activité relative aux ressources minérales, autre que la recherche scientifique, est interdite » dans l'Antarctique[208]. Selon le Protocole, les Parties se sont engagées à prévoir des règles relatives à la responsabilité « pour dommages résultant d'activités se déroulant dans la zone du Traité sur l'Antarctique »[209]. Ces règles ont été prévues dans l'Annexe VI qui n'est pas encore entrée en vigueur.

Une responsabilité limitée de l'opérateur. L'Annexe VI prévoit la responsabilité de tout opérateur « qui ne prend pas des actions rapides et efficaces en réponse aux situations critiques pour l'environnement résultant de ses activités »[210]. Cet opérateur sera tenu de payer les coûts de ces actions qu'auraient prises les autres Parties[211]. Sans vouloir se pencher sur les détails du régime de la responsabilité, un élément comparatif doit être mentionné dès à présent. L'Annexe VI est dans un sens moins ambitieux que la Convention de 1988. Selon cette dernière, les opérateurs étaient responsables pour tout dommage causé par leurs activités d'extraction. En comparaison, l'Annexe VI, ne prévoit que la réparation des « actions rapides et efficaces en réponse aux situations critiques pour l'environnement »[212]. Si ces actions n'ont pas abouti, l'Annexe ne prévoit rien pour la réparation des dommages en tant que tels.

L'état du Protocole. Malgré ce changement de paradigme, l'Annexe VI n'est toujours pas entrée en vigueur. Il est intéressant de remarquer que les 5 autres Annexes, sont toutes entrées en vigueur. En comparaison avec les autres Annexes[213], l'Annexe VI est probablement celle

---

[207] Article 2 du Protocole de Madrid.
[208] Article 7 du Protocole de Madrid.
[209] Article 16 du Protocole se lit comme suit :
« Conformément aux objectifs du présent Protocole pour la protection de l'environnement en Antarctique et des écosystèmes dépendants et associés, les Parties s'engagent à élaborer des règles et procédures relatives à la responsabilité pour dommages résultant d'activités se déroulant dans la zone du Traité sur l'Antarctique et couvertes par le présent Protocole. Ces règles et procédures seront incluses dans une ou plusieurs Annexes qui seront adoptées conformément à l'Article 9, paragraphe 2. »
[210] Article 6§ 1 de l'Annexe VI.
[211] *Ibid.*
[212] *Ibid.*
[213] Les autres Annexes portent sur les sujets suivants :

qui risque le plus de créer des contraintes réelles pour les États et les opérateurs privés. Comme d'autres textes portant sur la responsabilité, on constate donc une précaution d'autant plus importante des États dans sa ratification.

L'Annexe VI a été adoptée en 2005, à la XXVIII[e] réunion consultative du Traité de l'Antarctique à Stockholm. Les Annexes faisant partie intégrante du Protocole, elles n'entrent en vigueur qu'après sa ratification par toutes les parties consultatives au Traité sur l'Antarctique. Actuellement 19 parmi les 29 Parties ont ratifié cette Annexe. Ainsi, au regard du consensus requis pour son entrée en vigueur, il faut nuancer l'incidence de cette Annexe sur une éventuelle coutume générale. Bien entendu, une procédure aussi exigeante rend d'autant plus difficile l'entrée en vigueur de ce texte.

Il est aussi important de rappeler que, contrairement à une idée reçue sur ce Protocole et le Traité sur l'Antarctique, aucun des deux textes n'a de délai d'expiration. Pour le Protocole, il est fait mention d'un délai de 50 ans à partir de son entrée en vigueur[214]. Ce délai n'est pas une date d'expiration, mais une date critique à partir de laquelle, la procédure de modification va évoluer[215]. Jusqu'à cette date[216], le Protocole ne peut être modifié qu'à l'unanimité des Parties consultatives. À partir de cette date, il peut être modifié à la simple majorité, à condition que cette majorité comporte les trois quarts des États qui étaient Parties consultatifs au Traité sur l'Antarctique au moment de l'adoption du Protocole[217].

7. Les instruments sur les déchets dangereux et le transport des matières dangereuses

Deux conventions mal aimées. Il existe deux textes conventionnels de la responsabilité objective dont aucun n'est entré en vigueur. Le premier porte, encore une fois, sur le domaine du transport. Il s'agit de 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 (CRTD). Le deuxième porte à la fois sur le transport et l'élimination de déchets

---

Annexe I : évaluation d'impact sur l'environnement ;
Annexe II : conservation de la faune et de la flore de l'Antarctique ;
Annexe III : élimination et gestion des déchets ;
Annexe IV : prévention de la pollution marine ;
Annexe V : protection et gestion des zones.

[214] Voy. l'article 25§ 2.

[215] Voy. aussi le site du Secrétariat du Traité sur l'Antarctique : https://www.ats.aq/f/protocol.html

[216] Le Protocole étant entré en vigueur le 14 janvier 1998, la nouvelle procédure de révision va s'appliquer à partir du 14 janvier 2048.

[217] Voy. article 25, §§ 1-3 du Protocole de Madrid. Voy. aussi l'article XII du Traité sur l'Antarctique. Ce délai est de 30 ans pour ledit Traité.

dangereux. Il s'agit du Protocole de Bâle sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux.

La CRTD. Elle est un autre exemple topique qui démontre les difficultés dans l'adoption des conventions prévoyant la responsabilité objective. Le texte de la Convention a été élaboré par l'Institut International pour l'unification du droit privé (Unidroit). Elle a été adoptée le 10 octobre 1989 dans le cadre de la Commission Économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE-ONU), plus précisément du Comité des transports intérieurs de la Commission. La CRTD a prévu la responsabilité objective du transporteur[218]. Elle a suivi le modèle d'autres conventions de responsabilité objective en prévoyant des assurances obligatoires[219] et un plafonnement de la responsabilité[220].

La réticence étatique. La CRTD de 1989 n'a pas été bien reçue par les États. Seuls l'Allemagne et le Maroc avaient signé cette Convention. Le Libéria était le seul à avoir déposé ses instruments d'adhésion à la CRTD[221]. Face à l'échec de ce premier instrument, Le Comité des transports a voulu interroger les États quant aux « difficultés qui empêcheraient l'adhésion à la CRTD »[222]. Plusieurs délégations ont répondu aux questions qui leur avaient été posées[223]. Après avoir pris en compte les difficultés des États, le Comité a mis en place un nouveau groupe d'experts afin de préparer un nouveau texte plus adapté. Il est difficile de connaître le sort de la Convention à partir de ce moment-là, car la doctrine ne l'a guère évoquée et les explications du CEE-ONU ne sont pas des plus claires. Ayant suivi la documentation du CEE-ONU sur le sujet, il apparaît que le Comité a finalement préparé un nouveau projet de Convention. Or, ce projet n'a jamais été adopté. Dans une note du Secrétariat du CEE-ONU, on constate que jusqu'au dernier moment, les désaccords ont persisté quant aux modifications nécessaires[224]. Finalement, il semble que les États ont voulu laisser cette question au droit international privé ainsi qu'au droit interne de chacun des États membres.

L'argument des États pour la non-ratification. La CRTD est aussi un instrument important pour notre étude, car le CEE-ONU a interrogé les États quant aux raisons de leur non-ratification. Les réponses des États, qui révèlent leurs pratiques et l'*opinio juris,* sont d'importance particulière. En effet, la plupart du temps, les États qui ne ratifient pas une

---

[218] L'article 5§ 1 de la CRTD.
[219] Articles 13 et 14.
[220] Article 9.
[221] Voy. le site du CEE-ONU :
https://unece.org/fr/convention
[222] *Ibid.*
[223] *Ibid.* Voy. les questions et les réponses apportées par les États.
[224] Voy. le document TRANS/AC.8/2003/7 du 25 août 2003, délivré par le Secrétariat du CEE-ONU.

convention se gardent de présenter les raisons qui ont motivé cette décision, encore moins de les développer en détail comme le CEE-ONU le leur a demandé.

Plusieurs raisons ont été avancées par les États, mais deux d'entre elles sont les plus récurrentes. Premièrement, les États ont critiqué le choix de la personne responsable. En effet, la Convention retient la responsabilité du transporteur. Or, les entreprises d'origine des matières dangereuses seraient les seules à connaître les risques réels de ces matières[225]. Deuxièmement, le principe de la responsabilité objective et le mécanisme conventionnel qui l'accompagne (notamment les assurances[226] et les plafonds « trop élevés »[227]) ont paru problématiques pour les acteurs internes, notamment les assurances[228]. Les États ont présenté ce mécanisme comme trop ambitieux et trop coûteux pour le secteur du transport.

Le Protocole de Bâle. Il est rattaché à une convention du même nom, adopté sous les auspices des Nations-Unies. La Convention de Bâle de 1989 porte sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. Il s'agit de l'une des conventions internationales les plus largement adoptées avec 187 États membres. Le seul absent notable étant, une fois de plus, les États-Unis d'Amérique. La Convention cherche à réglementer la circulation et l'élimination des déchets dangereux en vue d'en minimiser les risques.

Le Protocole de Bâle était censé compléter la Convention dans son volet relatif à la responsabilité. Il prévoit un régime plutôt classique de responsabilité objective[229] avec une obligation de souscrire les assurances et un plafonnement de la responsabilité[230].

Le statut du Protocole. Il n'est pourtant jamais entré en vigueur. En mars 2024, seuls 12 États l'avaient ratifié et 12 autres États l'avaient signé sans pour autant le ratifier[231]. Il est intéressant de noter que les États qui ont ratifié le Protocole sont tous des États en développement. Ce fait se comprend facilement en sachant qu'ils sont les victimes principales de transfert international

---

[225] Voy. par exemple les réponses de la Belgique, Commission Économique pour l'Europe, Comité des transports intérieurs, Doc. TRANS/WP.15/2001/17/Add.8, 13 septembre 2001, *spéc.* pp. 2-3.

[226] Voy. par exemple la réponse de l'Autriche, Commission Économique pour l'Europe, Comité des transports intérieurs, Doc. TRANS/WP.15/2001/17/Add.7, 13 septembre 2001 ; Voy. aussi la réponse de Kirghizstan, Commission Économique pour l'Europe, Comité des transports intérieurs, Doc. TRANS/WP.15/2001/17/Add.1, 23 février 2001.

[227] Voy. par exemple la réponse des Pays-Bas et de la République tchèque, Commission Économique pour l'Europe, Comité des transports intérieurs, Doc. TRANS/WP.15/2001/17/Add.2, 23 février 2001.

[228] Pour l'ensemble des positions étatiques exprimées voy. le site du CEE-ONU : https://unece.org/documentation-wp15

[229] La spécificité la plus notable étant le choix de la personne responsable. En effet le Protocole n'a pas prévu la responsabilité d'une seule personne, mais plutôt une multitude de personnes potentiellement responsables. Voy. Deuxième partie, Chapitre 8.

[230] Voy. les articles 4, 12 et 14.

[231] Voy. l'état des ratifications sur le site du Secrétariat de la Convention de Bâle : https://www.basel.int/Countries/StatusofRatifications/TheProtocol/tabid/1345/Default.aspx

des déchets dangereux. En 2008, la Conférence des États parties à la Convention de Bâle avait incité tous les États à ratifier ce Protocole. Elle avait aussi conseillé aux États de continuer leurs consultations en vue de surmonter les obstacles à l'adoption du Protocole, notamment en ce qui concerne l'assurance obligatoire[232].

8. Les instruments basés sur l'obligation de prévention

La doctrine[233] a aussi évoqué d'autres conventions qui ne prévoient pas une véritable responsabilité objective, mais qui renforcent les obligations de prévention. Cela étant, peu importe le nombre des ratifications, ces conventions n'ayant pas d'incidence sur le statut coutumier de la responsabilité objective. Les deux Conventions d'Helsinki de 1992, la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (1992) et l'Accord de conformité de FAO (1993) se retrouvent dans cette catégorie. Le Protocole de Nagoya sur les risques biotechnologiques (2010) quant à lui, ne détermine pas le fondement de la responsabilité. Il exige la réparation des dommages qui entrent dans son champ d'application[234], mais laisse les États libres de choisir le fondement classique ou objectif[235].

§2 L'incidence des réserves

Les réserves aux traités. Nous avons déjà rappelé que selon la méthode de la CIJ dans l'affaire du *Plateau continental,* les réserves peuvent démentir le caractère coutumier des dispositions conventionnelles. Selon la Cour, si les États ont la possibilité d'émettre des réserves à une disposition conventionnelle, la disposition en question ne peut pas être reconnue comme la codification d'une règle déjà existante[236]. Une lecture stricte de cette jurisprudence revient à nier tout potentiel coutumier aux traités qui n'ont pas prévu expressément l'interdiction d'émettre des réserves.

---

[232] Report of the Conference of the Parties to the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal on its ninth meeting, Ninth meeting, Bali, 23-27 June 2008, Doc. UNEP/CHW.9/39, pp. 49-50.
[233] Voy. Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 1159-1160.
[234] Article 12-3.
[235] Article 12-3-b).
[236] CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord* (RFA c. Danemark ; RFA c. Pays-Bas), *op. cit.*, pp. 38-42, notamment p. 39, § 64 :
« 64. Il semble donc normal de conclure que les articles à propos desquels la faculté de formuler des réserves n'est pas exclue par l'article 12 n'ont pas été considérés comme déclaratoires de règles de droit préexistantes ou en voie de formation. »
Bien entendu rien n'empêche cette règle de constituer le point de départ à une nouvelle règle. Voy. *ibid.*, p. 39, § 64.

Une lecture si restrictive n'a pourtant pas lieu d'être. En réalité, la CIJ ne dit rien à propos des traités simplement silencieux sur la question des réserves. Nous savons que le silence d'un traité ne vaut pas forcément l'admission de toute réserve à n'importe quelle disposition de la Convention. Une réserve contraire à l'objet et au but du traité n'est pas valide et ne peut pas lier les autres États parties au traité[237]. À titre d'exemple, ce n'est pas parce que la Convention des Nations Unies sur le génocide (1948) n'a pas expressément prévu l'interdiction des réserves que les États peuvent émettre une réserve quelconque à n'importe quelle disposition du Traité. Dans cet exemple, toute réserve à l'article premier de la Convention devrait être interdite même si le Traité est silencieux sur l'admission des réserves[238].

L'impossibilité des réserves sur le fondement de la responsabilité. Le même constat peut être fait quant au fondement objectif de la responsabilité dans les traités qui ont été examinés dans cette Section. Il existe trois positionnements quant à l'admission des réserves dans les conventions prévoyant la responsabilité objective. Certains traités n'ont pas accepté les réserves ou ne les ont acceptées que dans certains cas précis et souvent très limitatifs. D'autres traités sont soit silencieux[239], soit acceptent expressément les réserves sans les limiter à une disposition particulière[240].

L'interdiction totale ou partielle des réserves. Les choses sont plus simples pour les traités qui ont prévu l'impossibilité d'émettre une réserve. La condition du *Plateau continental* est remplie et les dispositions en question ont le potentiel de représenter soit une codification du droit existant, soit un point de départ pour de nouvelles règles coutumières. Dans cette catégorie, on trouve la Convention de Rome de 1952 qui a prévu l'impossibilité d'émettre toute réserve à ses dispositions[241]. Il en va de même pour le Protocole de Bâle qui ne peut faire l'objet d'aucune réserve. La Convention de Montréal a aussi interdit des réserves sauf pour l'application de la Convention aux services publics non commerciaux[242]. La Convention de Lugano ne permet d'émettre des réserves que pour trois dispositions[243] dont aucune ne touche

---

[237] Voy. l'article 19-c) de la CVDT et la Directive 3.1-c) du Guide de la pratique sur les réserves aux traités de la CDI, 2011.

[238] L'article premier est à la fois l'article le plus basique et le plus fondamental du Traité :
« Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir. »

[239] Il s'agit par exemple de la Conventions sur la responsabilité spatiale (1972) et la CLC.

[240] Il s'agit par exemple de la Convention de Paris sur la responsabilité nucléaire. Voy. par exemple l'article 18-a) de la Convention de Paris (2004). Cet article prévoit pourtant que « ces réserves ne sont recevables que si leurs termes ont été expressément acceptés par les Signataires ».

[241] Article 39 de la Convention de Rome.

[242] Article 57 de la Convention de Montréal.

[243] Voy. l'article 35§ 1 de la Convention de Lugano.

au fondement de la responsabilité ni à ces trois grandes caractéristiques (une responsabilité garantie, plafonnée, canalisée)[244]. La Convention CRTD ne reconnaît que des réserves dans trois cas précis qui sont explicités à l'article 24[245]. Aucune de ces dispositions ne touche au fondement objectif de la responsabilité, mais l'une d'entre elles permet de déroger au plafonnement de la responsabilité[246].

Les traités silencieux. Les choses sont plus compliquées pour les traités qui n'ont pas expressément interdit les réserves. Une lecture restrictive de la jurisprudence de la CIJ peut interdire toute valeur coutumière pour ces conventions. Il peut être prétendu qu'en l'absence d'interdiction expresse, les États peuvent émettre des réserves à ces dispositions, ce qui interdirait la déduction d'une coutume existante à partir de ces conventions. Or, la structure de ces traités va à l'encontre d'une telle interprétation.

Les traités dont il est question ici portent tous sur la question de la responsabilité. Le principe de la responsabilité objective ainsi que le choix de la personne responsable constituent donc leur noyau dur. Nous avons vu dans ce Chapitre et nous verrons davantage dans la Deuxième Partie, que l'équilibre institutionnel de ces régimes dépend, à la fois, du fondement (objectif ou classique) et du destinataire de la responsabilité. L'exemple le plus parlant est le plafonnement de la responsabilité. L'équilibre fondamental des régimes conventionnels est le suivant : les victimes n'auront pas à démontrer la faute de la personne responsable, mais cette personne pourra, en contrepartie, plafonner sa responsabilité. Cela étant, émettre une réserve au principe de la responsabilité objective dans un traité dont l'objectif principal est, justement, la mise en place d'un régime objectif est un contresens. Par conséquent, même si les traités en question n'ont pas prévu d'interdiction pour les réserves, nous sommes d'avis que le principe de la responsabilité objective et son destinataire (la personne responsable) ne peuvent pas faire l'objet d'une réserve. D'ailleurs, nous n'avons trouvé aucune réserve à ces dispositions dans les droits conventionnels.

Une interdiction limitée. La thèse qu'on vient de présenter invite à ajouter une précision. Nous avons démontré que le principe de la responsabilité objective ne devrait pas être soumis aux réserves. Néanmoins, nous ne pouvons pas soutenir une telle interdiction pour toutes dispositions de ces traités. C'est la raison pour laquelle, ce Chapitre s'intéresse uniquement au

---

[244] Sauf peut-être pour l'article 35§ 1-b) qui n'a pas à être discuté car la Convention n'est de toute façon jamais entrée en vigueur.

[245] L'article 24§ 1 de la CRTD.

[246] Il s'agit de l'article 24§1-a) permet aux États de prévoir des plafonds plus élevés voire une responsabilité illimitée.

principe de la responsabilité objective et non pas à son régime. L'objectif est de comprendre s'il existe une obligation de réparation en présence d'une activité dangereuse, mais sans qu'il y ait un fait illicite. En fonction de ce qui a été dit à l'introduction de ce Chapitre, la valeur coutumière du régime d'application de ces régimes n'entre pas dans le champ de ce chapitre.
Par conséquent, la possibilité d'émettre des réserves à d'autres disposition des traités ne nous intéresse pas dans l'immédiat. Malgré cette restriction dans le champ de l'étude, une précision nous semble nécessaire. Comme expliqué précédemment, les conventions prévoyant la responsabilité objective sont le résultat de très longues discussions parmi les différents acteurs concernés, notamment les secteurs industriels, les assurances et les États. Les choix effectués représentent donc un équilibre économique fragile. Si la forme de la responsabilité est indiscutablement la caractéristique principale, d'autres règles de la responsabilité constituent aussi des piliers d'un ensemble qu'on peut difficilement découper en parties distinctes. Ceci est vrai notamment pour les trois caractéristiques de la responsabilité objective à savoir, l'exigence d'une garantie financière, le plafonnement et la canalisation. Il est donc peu probable qu'une réserve à chacune de ces composantes puisse être compatible avec l'objet et le but de ces traités. Il faut aussi préciser qu'à notre connaissance, la jurisprudence n'a pas encore eu à statuer sur de telles réserves pour les instruments qui nous intéressent.

Conclusion de la Section 1

Des interprétations divergentes. Ces conventions ont été interprétées différemment dans la doctrine. La doctrine contre la généralisation y voit des acceptations sectorielles. Ces acceptations sont soumises à des logiques économiques spécifiques et ne peuvent pas être projetées dans le droit international général[247]. La doctrine favorable y voit, au contraire, la preuve de l'accueil étatique à une responsabilité sans fait illicite[248]. Ces conventions couvrent un domaine assez large et leurs dispositions essentielles sont très proches. La plupart d'entre elles concernent le risque industriel et technologique et il existe une sensibilité croissante sur la protection de l'environnement.

Une reconnaissance partielle accompagnée de beaucoup de précautions. Dans tous les cas, ces conventions confirment un attrait pour la responsabilité objective. Il est intéressant de remarquer que ces textes ne se limitent pas à une période temporelle donnée. Malgré l'échec de certains d'entre eux, les États ont continué à adopter des instruments prévoyant la responsabilité sans preuve de l'illicite. En outre, l'adoption de ces conventions est, bien évidemment, soumise à des rapports de force en jeu. Pour certaines de ces conventions (au moins la CRTD, la Convention de Lugano et le projet de Convention de 1994 sur les installations *off-shore*), le *lobbying* intense des secteurs industriels et des assurances a convaincu les États à faire marche arrière.

Tout compte fait, la réception fort diversifiée de ces conventions par les États ne permet pas de défendre une règle coutumière générale sur cette seule base. En revanche, le nombre important des textes adoptés permet d'établir l'intérêt étatique pour la responsabilité objective. Cela étant, l'établissement des règles coutumières limitées (dans leur champ d'application matériel et spatial) est l'option la plus accessible.

La prédominance de la responsabilité civile. En examinant ces droits conventionnels, nous avons constaté qu'ils prévoyaient tous, à l'exception des conventions spatiales, une responsabilité civile. C'est là une des questions les plus épineuses dans l'établissement d'une règle coutumière. Malgré leur nombre important, cette nature privée pourrait, selon les différentes interprétations, soit leur enlever toute valeur coutumière, soit limiter leur incidence à une obligation indirecte. Dans cette deuxième interprétation, d'ailleurs privilégiée par la

---

[247] Voy. par exemple Verhoeven (J.), *Droit international public*, Larcier, 2000, p. 620 ; Voy. Alland (D.), *Manuel de droit international public*, *op. cit.*, pp. 283-284 ; Rivier (R.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 693 ; Carreau (D.), Fabrizio (M.), *Droit international*, 12e éd., Pedone, 2018, p. 504.

[248] Voy. *supra* l'introduction de la thèse, §3 l'état de la doctrine sur le sujet.

CDI[249], ces conventions contribuent à l'existence d'une obligation coutumière de « faire faire ». Accompagnées d'autres exemples de pratiques étatiques, elles impliqueraient une obligation pour les États de prévoir la responsabilité civile dans leurs droits internes. Cette interprétation est intéressante en ce qu'elle ne nie pas toute incidence de ces traités sur le droit coutumier. Néanmoins, elle présente certaines limites, notamment en ce qui concerne l'inadéquation d'une séparation stricte entre droit public et droit privé. Il est donc nécessaire de s'interroger sur les limites et les non-dits de cette distinction avant d'examiner d'autres exemples de la pratique étatique et de l'*opinio juris*.

[249] Voy. *infra* Chapitre 4.

Section 2 : Une critique de la distinction entre la responsabilité civile et étatique

Une distinction dépassée. La distinction entre le droit public et privé est un sujet qui intéresse de plus en plus les internationalistes[250]. Certains d'entre eux sont d'accord pour dire qu'une séparation stricte ne traduit pas le fonctionnement réel du droit international qui dépasse désormais certaines frontières classiques[251]. Ce sujet est aussi d'actualité pour la responsabilité objective. En sachant que la plupart des conventions adoptées prévoient une responsabilité civile, l'incidence de ces textes sur le statut coutumier de la responsabilité objective est incertaine. Les opposants à la généralisation de la responsabilité objective y voient un argument de poids qui enlève toute incidence sur le plan de la responsabilité étatique[252]. Or, fondamentalement, cet argument est basé sur une distinction stricte entre les deux sphères (et non pas seulement les droits) publique et privée, qui n'est plus d'actualité. L'interdépendance de l'économie publique et privée en atteste, la frontière entre le « fait public » et le « fait privé » est de plus en plus floue, voire même artificielle. L'analyse du fonctionnement des différents droits conventionnels démontre les limites d'une séparation stricte (§1). Force est de constater que ces distinctions conventionnelles sont elles-mêmes tributaires d'une philosophie plus profonde qui, derrière sa façade neutre et objective, consolide une certaine structure sociale (§2).

---

[250] Voy. par exemple les travaux de recherche effectués au sein de la chaire du droit international du Collège de France :
https://www.college-de-france.fr/fr/agenda/cours/le-droit-international-face-la-distinction-publicprive
Voy. notamment le cours du Professeur Besson intitulé « À la recherche d'un droit international du public ou des publics : les défis de la privatisation du public et de la publicisation du privé » :
https://www.college-de-france.fr/fr/agenda/cours/le-droit-international-face-la-distinction-publicprive/la-recherche-un-droit-international-du-public-ou-des-publics-les-defis-de-la-privatisation-du-public
Plusieurs groupes de recherches de l'Institut Max Planck pour le droit public comparé et international ont aussi trait à la distinction public-privé. Le plus pertinent pour nous est probablement le projet de recherche « Business actors beyond public and private: authority, legitimacy and responsibility in the United Nations human rights regime » sous la direction du Professeur Janne Mende. Parmi les recherches publiées, trois d'entre elles nous semblent les plus pertinentes :
Mende (J.), « Corporate Human Rights Responsibilities: Dismantling the Public-Private Divide », *Nordic Journal of Human Rights*, vol.41, n° 3, 2023, pp. 255-264 ; Mende (J.), « Business Authority in Global Governance: Companies Beyond Public and Private Roles », *Journal of International Political Theory*, vol.19, n° 2, pp. 200-220 ; Mende (J.), Anneloes (H.), « The governance authority of non-state actors in the business and human rights regime », *Journal of Human Rights*, vol. 21, n° 5, 2022, pp. 593-603.
[251] *Ibid.*
[252] Voy. *supra* introduction de la thèse, §3, l'état de la doctrine et de la jurisprudence sur le sujet.

§1 La critique appliquée aux droits conventionnels

Ces critiques peuvent être regroupées sous deux catégories. Premièrement, la distinction public-privé a eu pour conséquence de transférer la charge de la responsabilité au seul exploitant, à l'exclusion de l'État d'origine de l'activité dangereuse[253]. Dans l'état actuel des droits conventionnels, la responsabilité objective se limite au seul exploitant et ne comprend pas l'État d'origine. Cette approche a été suivie par la CDI. Or, cette distinction entre le fondement de la responsabilité étatique et civile ne va pas de soi et peut être critiquée à multiples titres.

Cette séparation peut se révéler problématique, car les plafonds de la responsabilité civile sont largement insuffisants pour réparer les accidents d'ampleur importante (A.). On ne voit aucun complément possible autre que l'intervention de l'État d'origine qui, très souvent, tire profit de l'activité dangereuse à l'origine du dommage. Cette distinction peut se révéler aussi problématique, car, malgré ces prétendus avantages, elle ne permet pas une réparation équitable des victimes. Cette insuffisance résulte de la confusion des acteurs public et privé dans l'organisation et le contrôle des activités dangereuses (B.).

A. L'insuffisance liée aux plafonds privés

La nécessité d'un complément étatique. La critique la plus importante à la distinction public-privé se rapporte aux risques qu'elle pose pour les victimes innocentes. Il a déjà été rappelé que les conventions de responsabilité civile prévoient souvent une responsabilité plafonnée. Or, le plafonnement est par nature une mesure « pragmatique » visant à rassurer le secteur des assurances. L'étude des accidents industriels et les réparations effectuées démontre l'insuffisance des seules garanties privées. En l'absence d'une couverture privée satisfaisante, seuls les États sont en mesure de compléter les montants de réparation. Or, ayant limité l'intervention étatique aux seules obligations de *due diligence*, les victimes risquent de ne pas pouvoir obtenir gain de cause.

L'exemple des pollutions causées par les hydrocarbures. Deux exemples peuvent illustrer cet argument. Le premier concerne les limites de réparation dans le domaine des pollutions par les hydrocarbures. Pour établir ces limites, nous commencerons par un cas concret, à savoir l'accident Erika. Même si, sur le plan mondial, cet accident peut être considéré comme un

[253] Par l'État d'origine on entend l'État sous la juridiction duquel l'activité dangereuse a été menée.

accident d'ampleur seulement moyenne[254], les dommages causés n'ont été que très partiellement réparés.

Le pétrolier Erika a fait naufrage le 12 décembre 1999. Il a déversé 19, 598 tonnes de fioul en mer dont 11, 000 ont atteint 450 km des côtes françaises. L'accident était d'une telle ampleur qu'il a engagé 103 communes et que 59 autres communes ont été touchées « marginalement »[255].

Le Fonds international d'indemnisation en charge des indemnisations (le FIPOL) procède aux réparations en fonction de la taille du navire. En l'espèce le plafond de la responsabilité était de 1 200 000 francs. Or, les dommages subis étaient beaucoup plus importants. Selon l'estimation de l'Institut français pour l'environnement, les seuls dommages aux domaines touristiques étaient de 4 300 000 francs[256]. À cela il faut ajouter 1 900 000 francs au titre d'autres dommages aux résidents des communes touchés. L'Office national Interprofessionnel de la pêche et de l'aquaculture (OFIMER) a constaté une réduction de 30 % dans le secteur de conchyliculture dont on ne connaît pas la traduction exacte en termes monétaires[257]. Ainsi, nous n'avons pas pu trouver de chiffre exact sur les pertes dans le domaine de la pêche même si la durée et l'étendue des mesures de lutte contre cette pollution laissent entrevoir des pertes importantes.

Le constat est encore plus grave quand on sait que le FIPOL n'a pas réparé, et continue à ne pas réparer, les dommages environnementaux. Le peu de réparation accordé a donc été limité aux seuls dommages économiques. Or, en l'espèce les dommages environnementaux ont été particulièrement importants. Les études d'impact de l'accident n'ont pas été complètes. Nous ne connaissons pas l'étendue exacte des dommages causés. Ce que l'on sait est que pour la faune, l'impact le plus important a été imposé aux oiseaux. Après l'accident, 63, 606 oiseaux avaient été recueillis, dont 61,403 morts[258]. Il s'agit uniquement des oiseaux qui ont pu être recueillis.

---

[254] Voy. le site du Cedre sur d'autres accidents et les dommages créés. Quand on examine les autres exemples de marées noires, on s'aperçoit justement que l'accident, catastrophique qu'il était, est loin d'être l'accident le plus dévastateur causé par les hydrocarbures.
https://wwz.cedre.fr/en/Resources/Spills
Cedre est une association française composée des experts en matière de la pollution de l'eau. Son expertise est utilisée par le Ministère de la transition écologique, l'ITOPF et d'autres autorités étrangères en charge de la protection contre les pollutions.

[255] Delache (X.), Erhard-Cassegrain (A.), « Erika : éléments d'évaluation des dommages », *Les données de l'environnement*, Institut français de l'environnement, n° 68, juillet-août 2001, p.1.

[256] *Ibid.*, p.3.

[257] *Ibid.*

[258] *Ibid.*, voy. aussi les chiffres du FIPOL qui sont un peu moins important (60 000 oiseaux morts à l'exception de quelques centaines seulement qui ont pu être décontaminés) :

D'autres exemples de pollution par les hydrocarbures. L'accident Erika n'est pas un cas isolé. Il est très difficile de mesurer précisément les dommages causés par les marées noires, car elles causent surtout des dommages environnementaux qui ne sont pas pris en charge par les fonds de réparation. Cependant, il est utile de donner une grille de comparaison quant à l'ampleur que pourrait revêtir un tel accident. L'accident Erika a donc été à l'origine d'un déversement à la hauteur de 19,598 tonnes de fioul. À titre de comparaison, le pétrolier SS Atlantic Empress a déversé 276 000 tonnes de pétrole brut[259], ABT Summer entre 44 000 et 57 000 tonnes de pétrole brut lourd[260] et Castillo de Bellver, entre 150 000 et 160 000 tonnes de pétrole brut léger[261]. Les accidents mettant en cause les plateformes pétrolières sont même potentiellement plus graves. Les pétroliers ayant une capacité déterminée, le dommage subi est fonction de cette capacité. Les plateformes, elles, sont liées aux champs pétroliers tous-terrains aux réserves beaucoup plus importantes. À titre d'exemple, l'accident Deepwater Horizon a donné suite au déversement de 779 000 m^3 de pétrole brut et l'Ixtoc I au déversement de 500, 000 à 1, 500, 000 tonnes[262].

Les inégalités dans les montants de réparation. Aux exemples mentionnés, il faut ajouter de très fortes disparités mondiales quant aux montants de réparation. Actuellement il existe trois niveaux de réparation dans le cadre de la CLC. Le premier niveau est celui des assurances qui s'élève à 89 millions de droits de tirage spéciaux (DTS). Le deuxième niveau est celui du FIPOL à la hauteur de 203 millions DTS. Le troisième est le Fonds supplémentaire avec un montant maximum de 750 millions DTS[263]. Néanmoins, ce dernier niveau n'est accessible qu'aux États parties au Protocole sur le Fonds supplémentaire. Il est intéressant de noter que seuls les États du Nord sont parties à ce Protocole[264]. Il est aussi intéressant à noter que les champs d'application de la CLC et du Protocole en question sont décidés en fonction de l'État victime et non pas de l'État d'origine. Par conséquent, si les pétroliers des États du Nord causent

---

La note du directeur du FIPOL sur l'accident Erika, Doc. 92FUND/EXC.8/2, 31 mai 2000. Le document est disponible ici :
https://documentservices.iopcfunds.org/wp-content/uploads/sites/2/2020/01/92FUND_EXC.8_2_en.pdf

[259] Voy. le site de Cedre :
https://wwz.cedre.fr/en/Resources/Spills/Spills/Atlantic-Empress-Aegean-Captain

[260] Voy. ci-dessous :
https://wwz.cedre.fr/en/Resources/Spills/Spills/ABT-Summer

[261] Voy. ci-dessous :
https://wwz.cedre.fr/en/Resources/Spills/Spills/Castillo-de-Bellver

[262] Voy. le site ci-dessous :
https://wwz.cedre.fr/en/Resources/Spills/Spills/Ixtoc-1

[263] Pour les montants maximaux voy. le site du FIPOL :
https://iopcfunds.org/about-us/legal-framework/

[264] Voy. ci-dessous :
https://iopcfunds.org/about-us/membership/

un dommage important aux côtes des États du Sud, ces derniers ne pourront pas bénéficier des avantages du Protocole à moins d'y être parties à leur tour. Cela est d'autant plus problématique que certains de ces États ne tirent aucun profit du transport international d'hydrocarbures mais sont toujours exposés aux risques qu'il emporte.

L'ensemble de ces éléments démontre les limites du régime privé existant. En présence de plafonds si peu élevés et si inéquitablement répartis, l'intervention étatique est la seule chance des victimes pour avoir droit à une réparation, satisfaisante sinon intégrale[265].

Les limites des droits nucléaires. Le deuxième exemple qui va dans le même sens concerne les droits nucléaires. Pour les accidents nucléaires, il est plus difficile de trouver les chiffres exacts quant à l'incidence et les réparations effectuées. Néanmoins, ces droits sont, sans doute, beaucoup plus problématiques que la CLC. Si la CLC traite des contaminations avec le pétrole, les conventions nucléaires traitent des matières extrêmement plus hasardeuses. Il suffit de comparer les plafonds de réparation dans les différentes conventions existantes. Les conventions de l'AIEA constituent le régime universel qui doit s'appliquer dans une multitude d'États aux pouvoirs économiques fort diversifiés. Elles prévoient donc le montant le plus faible. En l'état actuel, le plafond de la responsabilité est de 500 millions d'euros seulement. Le droit de l'OCDE, propre au Nord, est bien plus protecteur avec un plafond à la hauteur 1,5 milliard d'euros[266]. Au-delà de ces systèmes conventionnels, l'exemple américain est digne d'intérêt. Insatisfaits du niveau de réparation dans les schémas conventionnels, les Américains ont souvent opté pour une réglementation nationale[267]. En ce qui concerne le domaine nucléaire, leur plafond de responsabilité est particulièrement plus important que les droits conventionnels. Ce plafond est de 16,1 milliards de dollars, soit plus de 10 fois le maximum de l'OCDE[268].

Un potentiel dévastateur colossal. Au premier abord, ces chiffres peuvent paraître impressionnants. Cependant, même le *Price Anderson Act* des États-Unis est loin d'être suffisant pour une véritable catastrophe nucléaire. En témoigne l'accident Fukushima du 11 mars 2011. Au moment de l'accident, le Japon n'était partie à aucun instrument

---

[265] Voy. dans le même sens Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public*, Paris, Pedone, 2020, pp. 338-343. N. Aloupi a reconnu l'intérêt du renforcement du rôle de la responsabilité de l'État d'immatriculation. Cela dit, elle a évoqué l'intérêt de reconnaître l'État comme « filet de sécurité ultime » en cas de catastrophe majeur.

[266] Voy. les Protocoles de 2004 et le site ci-dessous : https://world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/liability-for-nuclear-damage.aspx

[267] Voy. *infra* Deuxième Partie, notamment les régimes de pollution du fait des hydrocarbures et le régime nucléaire.

[268] « Price-Anderson Act: Nuclear Power Industry Liability Limits and Compensation to the Public After Radioactive Releases », Congressional research service, 25 janvier 2024.

international[269]. La réparation de cet accident s'est donc faite sur la base du droit interne japonais. Jusqu'en 2021, les personnes évacuées de leurs domiciles ont reçu environ 59 milliards de dollars en réparation (9,7 mille milliards de yens). Le gouvernement japonais a prévu que le nettoyage complet du site coûtera 66 milliards de dollars et durera 40 ans[270]. Il faut aussi savoir que ces dommages astronomiques ont été causés en l'absence de dommages corporels importants. La plus grande partie de ces montants concerne l'indemnisation des personnes qui ont dû être évacuées. Cela dit, en cas d'un second Tchernobyl, les montants réels des dommages corporels et environnementaux seront tout simplement incalculables.

La nécessité de l'intervention étatique. Il est intéressant de noter que le droit américain a prévu que le Congrès américain statuera pour les mesures de réparation nécessaire, au cas où le plafond de la responsabilité ne serait pas suffisant[271]. Dans l'exemple de Fukushima, l'État japonais est intervenu massivement en attribuant des fonds publics pour la réparation des dommages causés. L'ensemble des contributions étatique se sont élevées à 60 milliards de dollars. L'État japonais a conclu à un accord avec l'exploitant du site. Selon cet accord, la contribution de l'État était conditionnée par une série de conditions dont l'absence de plafond pour les montants de réparation aux victimes et la mise en place d'un comité indépendant afin d'enquêter sur la gestion de l'entreprise[272].

L'exemple de Tchernobyl. Le besoin de l'intervention étatique a aussi été ressentie à la suite de l'accident Tchernobyl. Le pire accident nucléaire de l'histoire n'a donné suite à aucune réparation pour les dommages transfrontières, pourtant importants. Plusieurs institutions politiques avaient reconnu l'insuffisance d'un modèle purement privé pour répondre aux accidents nucléaires. En 1986, la Conférence générale de l'AIEA a tenu une séance après l'accident Tchernobyl. Au cours de cette Conférence, la majorité des États ont souligné la nécessité de réviser les instruments existants afin d'élaborer un nouveau régime qui inclut aussi

---

[269] En 2015, il l'est devenu, y compris en conséquence de cet accident et de la prise de conscience qu'il a causés. Désormais il est partie à la Convention sur la réparation complémentaire de 1997.

[270] Voy. le site du World Nuclear Association : https://world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/fukushima-daiichi-accident.aspx

[271] Voy. *infra* Deuxième Partie, le régime nucléaire.

[272] Voy. le site du World Nuclear Association : https://world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/fukushima-daiichi-accident.aspx

la responsabilité des États en tant que tels[273]. Pendant cette Conférence, même l'Union soviétique a reconnu la nécessité d'un tel régime :

> « *The question of liability for nuclear damage occupies an important place in activities relating to the international regulation to the international regulation of various aspects of nuclear safety. A possible multilateral international legal instrument could envisage the liability of states for international damage in of the transboundary effects of nuclear accidents, as well as for material, moral and political damage caused by unwarranted action taken under the pretext of protection against the consequences of nuclear accidents (the spreading of untrue information, introduction of unjustified restrictive measures, etc.).* »[274]

Dans le même esprit, plusieurs déclarations du Parlement européen et du Comité Environnemental de l'OCDE ont rappelé le besoin d'une réglementation étatique de la question[275]. L'Assemblée Parlementaire de la Commission Economique pour l'Europe avait aussi mis l'accent sur le besoin d'adopter un volet public pour la responsabilité nucléaire. Selon la Commission « *no guarantee system has been established in the event of future accidents, nor has compensation at international level, i.e. between governments, been satisfactorily included in existing conventions*. »[276] Pour cette raison, la CEE avait souligné l'importance de :

> « *to draw up principles of public international law for liability and rules for adequate compensation for damage by the responsible government in case of accident*. »[277]

Malgré ces propositions, aucun traité sur la responsabilité étatique n'a été adopté. Désormais les États participent au financement des fonds de réparation. Néanmoins, cette participation est à la fois plafonnée et limitée au cadre de la responsabilité civile.

Déjà au moment de l'adoption des conventions nucléaires, les États avaient considéré la possibilité d'une intervention étatique. Cependant, ils ont préféré mettre la charge principale sur les exploitants[278]. Selon les opposants à la responsabilité étatique, elle aurait fini par

---

[273] Note by the Director General, The Question of Liability for Damage Arising from a Nuclear Accident, IAEA Doc. GOV/1NF/2306 and 537, 22 May 1987, p. 2. Voy. Aussi les documents du Conseil des Gouverneurs de l'IAIEA : Docs. GOV/lNF/508' GOV/1NF/509, GOV/1NF/550 and Add. 1.
Les exemples concernant les réactions politiques à l'accident Tchernobyl, mentionnés dans ce titre coulé, sont tous rapportés par la thèse de Nathalie Horbach. En l'espèce voy. Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, thèse de doctorat soutenue à l'Université de Leiden en 1996, p. 268.

[274] USSR, Proposed Programme for Establishing an International Regime for the Safe Development of Nuclear Energy, 25 September 1986, IAEA Doc. and IAEA Docs. INFCIRC/334; see also 2(4) 1,4EA Newsbrief 1987 at p. 2. Cité *in ibid.*, p. 269.

[275]Resolution on the Future of Nuclear Energy, (Doc. E-1/87), OJ No. C 125 (l I May 1987), p. 88; the Resolution on the Safety of Nuclear Power Stations and the Question of Mutual Assistance and Compensation, (Doc. A2-11/87) OJ NO. C 125 (II May 1987), p. 94; the Resolution on the Reaction of the Community to Chernobyl, OJ No. C 125 (11 May 1987), p. 92. Cité *in ibid.*

[276] ECE Parliamentary Assembly Recommendation No. 1068 (1988), adopted on 25 January 1988 at its 19th sitting, Preamble, §19. Cité *in ibid.*

[277] La Recommandation n° 1968, p. 70, cité *in ibid.*

[278] Voy. Handl (G.), Transboundary Nuclear Accidents: The Post-Chernobyl Multilateral Legislative Agenda, 15 *EcologyLQ* (1988), p. 231 cité *in* Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.*, p. 267.

transmettre la charge de la réparation au contribuable. Or, en réalité, cette charge devrait être limitée au secteur industriel en question et à ses clients. Cet argument ne prend pas en compte la nature de l'industrie civile nucléaire. Cette industrie ne fabrique aucun produit de « luxe » à destination d'une classe sociale particulière. Tous les produits de cette industrie, que ce soit les produits radiopharmaceutiques, les applications agroalimentaires et surtout l'électricité nucléaire sont au service de la société tout entière. Il est donc normal que la collectivité nationale tout entière (de l'État de l'origine bien entendu), assume aussi les risques inhérents à cette activité au-delà des limites de l'industrie nucléaire.

In fine, les exemples qu'on vient de mentionner démontrent que le seul schéma privé est indéniablement incapable de répondre à des catastrophes nucléaires. Seuls les États sont en mesure de faire face aux conséquences, peu probables, mais désastreuses des catastrophes industrielles[279].

B. L'insuffisance liée à la confusion entre les acteurs public et privé

L'assimilation des acteurs publics aux privés. Une autre critique face à la distinction concerne l'assimilation des acteurs publics et privés. L'exemple le plus parlant est probablement le droit nucléaire. Les conventions nucléaires traitent de manière équivalente les exploitants publics et privés. En réalité, l'État exploitant nucléaire est compris dans son rôle *de jure gestionis* et perd une partie de ces avantages procéduraux. En effet, les droits de l'OCDE et de l'AIEA sont tous les deux conçus en tant que régimes de responsabilité civile. Or, en réalité, le secteur nucléaire est toujours très largement opéré, contrôlé, voire détenu par les États[280]. L'analyse de la composition économique de ce secteur ainsi que la forte présence étatique met en doute la réalité et la pertinence d'une séparation stricte entre les deux formes de la responsabilité.

Les Conventions nucléaires ne sont pas les seules où l'on constate ce phénomène. Beaucoup d'autres instruments de responsabilité objective traitent les exploitants public et privé de manière équivalente. En effet, ces instruments définissent l'exploitant, en tant que personne responsable, nonobstant son caractère public ou privé[281]. Il en va de même pour la Directive

---

[279] Voy. Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public*, Paris, Pedone, 2020, pp. 338-343.
[280] Pour des exemples de l'importance de l'intervention étatique sur le marché nucléaire, voy. *infra* Deuxième Partie, le régime nucléaire.
[281] Voy. Article 2-c) de l'Annexe VI au Protocole de Madrid :
« c) Par "opérateur", on entend une personne physique ou morale, qu'elle soit gouvernementale ou non gouvernementale, qui organise des activités devant être conduites dans la zone du Traité sur l'Antarctique. »

2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale. La Directive a défini l'exploitant, en tant que personne responsable, dans ces termes :

> « toute personne physique ou morale, *privée ou publique*, qui exerce ou contrôle une activité professionnelle ou, lorsque la législation nationale le prévoit, qui a reçu par délégation un pouvoir économique important sur le fonctionnement technique, y compris le titulaire d'un permis ou d'une autorisation pour une telle activité, ou la personne faisant enregistrer ou notifiant une telle activité »[282]

En outre, en examinant le régime de la responsabilité, on s'aperçoit que l'origine publique ou privée de la personne responsable n'a aucune incidence sur les règles régissant l'établissement de la responsabilité. Les règles liées à la notion du dommage réparable, de l'attribution et de la réparation s'appliquent de manière indifférenciée. La seule différence réelle se trouve dans les aspects de procédure, notamment l'immunité étatique.

Les difficultés liées à l'immunité étatique. L'immunité est toujours un aspect très problématique de la responsabilité objective. Nous avons déjà vu son incidence néfaste lors de l'adoption de la Convention de Bruxelles sur les navires nucléaires[283]. Un autre exemple peut être trouvé dans l'Annexe VI au Protocole de Madrid de 1991 :

> « 5. Bien qu'une Partie soit responsable en vertu de cet article de ne pas avoir pris des actions rapides et efficaces en réponse à des situations critiques pour l'environnement causées par ses navires de guerre, navires de guerre auxiliaires ou d'autres navires ou aéronefs appartenant à ou exploités par cet État et pour le moment affectés uniquement à des fins gouvernementales non commerciales, aucune des dispositions de la présente annexe n'a pour objet d'affecter en vertu du droit international l'immunité souveraine de ses navires de guerre, navires de guerre auxiliaires ou d'autres navires ou aéronefs.»[284]

Le lien entre les deux parties du paragraphe démontre parfaitement les difficultés dont il est question ici. Le paragraphe commence en expliquant que les États sont responsables pour les actes ou omissions des navires étatiques, y compris de guerre. Dans la même phrase, il poursuit en précisant que cette règle est sans préjudice des immunités souveraines attachées à ces navires. En présence de ces immunités, la responsabilité des États ne sera qu'hypothétique.

Voy. aussi la définition de l'opérateur dans La Convention de 1988 sur l'exploitation des ressources minérales en Antarctique :
« 11 Le terme "Opérateur" désigne :
(a) une Partie ;
(b) un organisme ou une entreprise publics [l'orthographe est apportée selon le texte d'origine]
(c) une personne morale constituée conformément à la législation d'une Partie ; … »

[282] Article 1§6. Italiques ajoutés.

[283] Voy. *supra* la Section 1, les navires nucléaires.

[284] L'article 6§ 5 de l'Annexe VI au Protocole de Madrid.

Un autre exemple peut être trouvé dans les instruments nucléaires. Selon les instruments de l'OCDE et de l'AIEA, les États ont renoncé à leur immunité de juridiction, mais non pas l'exécution. Selon la Convention de Paris :

> « Si une action en réparation est intentée contre une Partie Contractante en vertu de la présente Convention, ladite Partie Contractante ne peut invoquer son immunité de juridiction devant le tribunal compétent en vertu du présent article, sauf en ce qui concerne les mesures d'exécution. »[285]

La Convention de Vienne a aussi repris cette solution[286]. Or, le maintien de l'immunité de l'exécution est toujours un obstacle à l'application de toute décision prise par les tribunaux internes. En connaissant l'importance du rôle étatique dans l'exploitation des centrales nucléaires, partout dans le monde, cette règle peut poser un sérieux problème quant à la réparation des victimes.

La solution face à l'immunité étatique. Cette critique des droits conventionnels ne doit pas être comprise comme une remise en cause de l'immunité, notamment de l'immunité de l'exécution. Les arguments qui justifient cette immunité sont bien connus et nous n'allons pas jusqu'à recommander l'abandon de cette immunité. L'objectif est de démontrer les limites d'une privatisation excessive du contentieux de la responsabilité objective. Les régimes de responsabilité civile qui ont prévu une équivalence fonctionnelle entre les acteurs publics et privés finissent indéniablement par une sécularisation de l'État acteur économique. Or, cette assimilation ne va pas de soi. Premièrement, la distinction entre les actes *jure imperii* et *jure gestionnis* n'est pas toujours chose aisée[287]. Dans les domaines nucléaire et spatial par exemple, la frontière entre le domaine souverain et commercial est difficile à établir.

Deuxièmement, dans l'hypothèse des dommages catastrophiques, la soumission d'un État, même acteur économique, au droit interne et aux tribunaux d'un État voisin peut se révéler problématique. Dans l'hypothèse malheureuse d'un nouveau Tchernobyl, la privatisation pure et simple ne serait pas conforme à l'égalité souveraine des États. Au regard de l'immunité d'exécution, la décision rendue par un tribunal interne ne peut être appliquée qu'avec la coopération de l'État d'origine. Cela étant, même si le contentieux privé peut être *une* solution

---

[285] L'article 13-j) de la Convention de Paris de 2004.

[286] L'article XIV de la Convention de 1997.

[287] Voy. les Articles de 1991 de la CDI sur l'immunité juridictionnelle des États et de leurs biens notamment l'article 10 et les commentaires y relatifs ; Voy. aussi CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie), 3 février 2012 notamment §§77-107. Pour les organisations internationale voy. Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Jam et al. v. International Finance Corp.,* arrêt, 27 février 2019, 586 USC (2019), p. 15 ; Dreysse (D.), Cahin (G.), Lagrange (É.), « Immunités des organisations internationales : l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, Jam et al. v. international finance corp », *AFDI*, vol. 65, 2019, pp. 238-252.

pour garantir l'accès des victimes à la justice, il ne peut pas être *la* solution. En fonction des circonstances, le contentieux interétatique peut se révéler plus adapté et plus respectueux de la souveraineté étatique. Bien entendu, en l'état actuel du droit international, l'exécution de toute décision est toujours dépendante de la coopération de l'État condamné.

En outre, le contentieux interétatique semble toujours la seule solution acceptable, politiquement et juridiquement, pour les États qui ne sont pas parties aux instruments conventionnels. Le domaine nucléaire est toujours l'exemple le plus parlant. En effet, certains des pouvoirs nucléaires ne sont parties à aucun instrument conventionnel. En mars 2021, la moitié des réacteurs nucléaires du monde étaient situés dans les États qui ne font partie d'aucun des deux cadres conventionnels (l'AIEA ou l'OCDE)[288]. On peut mentionner l'exemple de la Chine ou de l'Iran qui disposent de plusieurs installations nucléaires dont les plus importantes sont à proximité des voies navigables internationales[289]. Aucun des deux États n'est partie aux conventions de la responsabilité civile. Dans l'hypothèse d'un accident nucléaire, les dommages pourraient s'étendre dans l'ensemble de la région du Golfe et des Mers de Chine, occidentale et méridionale. Dans une telle hypothèse, la seule solution viable serait un contentieux interétatique. Pour appuyer cette position, on peut aussi rapporter la position du Pakistan dans ses commentaires aux Principes de 2006 :

> « Les règles du droit international applicables aux différends entre exploitants et États doivent être fixées et incluses dans le projet de principes. En cas de différend de ce type, une instance internationale de recours devrait être créée pour assurer une indemnisation effective aux victimes. »[290]

La différence fondamentale avec la responsabilité classique. Contrairement à la responsabilité objective, la distinction public-privé est toujours essentielle pour la responsabilité classique. Cette différence se justifie notamment par une distinction fondamentale dans les fonctions de la responsabilité. Sans vouloir rouvrir le vieux débat sur la fonction de la responsabilité classique[291], nous estimons que le rétablissement de la légalité

---

[288] Voy. le site du *World Nuclear Association* :
https://world-nuclear.org/information-library/safety-and-security/safety-of-plants/liability-for-nuclear-damage.aspx

[289] Le plus grand réacteur iranien, le réacteur de Bushehr est à proximité immédiate du Golfe persique. La quasi-totalité des réacteurs chinois est aussi située à proximité des côtes chinoises. Taiwan est par exemple à une très courte distance de deux centrales nucléaires chinoises. Voy. l'état et l'emplacement de ces centrales :
https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-a-f/china-nuclear-power.aspx
https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-g-n/iran.aspx

[290] Les commentaires des États (2006), p.6.

[291] Pour une discussion détaillée de cette question voy. Hoss (C.), *Vers un contrôle de la légalité internationale : la réparation du préjudice immatériel dans la responsabilité des États*, thèse de doctorat soutenue en 2005 à l'Université Panthéon-Assas., p. 22 ss.

internationale est parmi les objectifs les plus importants du droit de la responsabilité[292]. La fonction dissuasive (et non pas répressive) de la responsabilité peut effectivement œuvrer pour le renforcement de la légalité internationale. De là résulte une différence fondamentale entre la responsabilité civile et étatique pour cette forme de la responsabilité. Quand l'accent est mis sur la légalité, le droit applicable ainsi que les sanctions en cas de violation, varient indéniablement entre les États et les acteurs privés. L'un cherche à établir une responsabilité pénale et individuelle, l'autre tente de mettre en place une responsabilité impersonnelle, abstraite et dans une certaine mesure collective. L'un crée des obligations directes et personnelles, l'autre prévoit, principalement, des obligations de faire faire. Il en résulte une différence fondamentale entre les recours étatiques et privés[293].

Au contraire de la responsabilité pour fait illicite, la responsabilité objective cherche essentiellement à indemniser les victimes. La fonction répressive ou dissuasive est par nature exclue dans une responsabilité basée sur le dommage et non pas sur le fait illicite. Il en résulte une différence fondamentale avec la responsabilité classique. Ici, peu importe si le navire polluant est de nature publique ou privée, s'il s'agit d'un navire de guerre ou de croisière. Les règles du fond s'appliquent de manière indifférenciée. Si différence il y a, elle réside, uniquement, dans les règles liées à l'immunité et aux voies de recours.

Au premier regard, ces distinctions peuvent paraître innocentes et de nature purement technique. Or, en réalité, elles sont justifiées par une philosophie fondamentale qui donne forme aux droits modernes.

---

[292] Sur les fonctions de la responsabilité voy.
En faveur d'une fonction répressive : Kelsen (H.), *Les principes du droit international*, deuxième édition, Tucker, 1996 ; Wyler (E.), « From "state crime" to responsibility for "serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law" », *EJIL*, 2002, 13(5), pp. 1147-1160.
Cette thèse, en faveur de la fonction répressive, a vécu un sursaut de popularité après chacune des deux guerres mondiales. Étant liée aux notions de « faute collective » ou de « culpabilité collective », la fonction uniquement répressive n'a jamais fait son entrée en droit positif.
Pour la fonction essentiellement réparatrice de la responsabilité : Weil (P.), « Le droit international en quête de son identité », *RCADI*, 1991, vol 1(237), p.340.
Pour la fonction mixte de la responsabilité : Decaux (E.), « Responsabilité et Réparation », *in* colloque du Mans, S.F.D.I., Pedone 1991, pp. 147-190

[293] Cette différence se manifeste clairement dans la comparaison entre la violation des normes *jus cogens*. La responsabilité étatique doit être examinée par un tribunal « public », notamment la CIJ. Elle résulte, la plupart du temps, dans la réparation sous forme d'indemnisation ou de satisfaction. La responsabilité individuelle, au contraire, doit être appréciée par les juges pénalistes d'un tribunal pénal international. Elle résulte le plus souvent dans les peines privatives de libertés pour les individus responsables.

§2 La critique théorique plus large

Une distinction fondamentale. Le débat sur le rôle de l'État s'inscrit dans un débat plus large sur les dimensions publiques et privées du droit international dans son ensemble. La séparation entre les droits public et privé est une conception classique qui existe sous différentes formes dans différents régimes juridiques. En droit de la responsabilité, cette séparation est encore plus marquée dans les systèmes de tradition romano-germaniques. La distinction est tellement récurrente qu'elle en devient une évidence. Or, en réalité, rien de tel. Cette distinction est bien plus complexe et bien plus décisive que ce qu'il ne paraît. En réalité, l'existence même et le contenu exact de cette distinction dépendent des choix politico-juridiques en amont. Par conséquent, il faut voir le principe même de la distinction comme un choix décisif qui s'inscrit dans une philosophie sociale plus profonde. La compréhension de ce principe, de ses fondements et de ses critiques est essentielle pour le sujet qui nous intéresse.

Il est indéniable que la distinction public-privé trouve son origine dans la philosophie politique libérale (A.). Certains auteurs y voient même un instrument de soumission. Cette distinction serait, selon eux, un instrument politico-juridique qui permet le maintien du *statu quo* et de marginaliser les catégories sociales les moins privilégiées (B.). Quelles que soient les critiques à la distinction public-privé, on constate aussi le dépassement partiel du concept dans certains domaines juridiques (C.). Les arguments quant à la pertinence et la réalité de ce dépassement influencent sérieusement toute position sur la conception de la responsabilité objective dans le droit international.

A. Une distinction politique

Une distinction aux visages multiples. Malgré son apparence neutre, la distinction des droits public et privé n'est pas une question de pure technique juridique. Au contraire, elle s'inscrit dans un cadre plus général à la fois philosophique, politique et surtout économique. Une partie de la doctrine a déjà précisé que la distinction entre le droit international public et privé ne représente guère une séparation organique, naturelle ou inévitable. Au contraire, cette distinction serait « une construction "analytique" qui a évolué avec l'émergence de l'État bourgeois »[294]. En outre, cette séparation serait une caractéristique centrale de la philosophie libérale classique. Ses conséquences normatives ont pourtant été critiquées dans le droit interne.

[294] Cutler (C.), « Artifice, Ideology and Paradox: The Public/Private Distinction in International Law », *Review of International Political Economy*, Summer, 1997, vol. 4, n°2, pp. 261-285.

La distinction public-privé au service de l'économie de marché. La distinction public-privé a aussi été promue dans le discours politico-juridique du 19e siècle comme une conséquence de l'émergence du marché en tant qu'institution sociale centrale. Le marché autorégulateur est en effet une institution caractéristique du capitalisme moderne. Selon Polanyi, ce marché n'a pas été créé de manière spontanée. Au contraire, il est le résultat d'une série de mesures législatives visant à supprimer les obstacles à l'échange du travail, des propriétés immobilières et de l'argent. Cette séparation n'a été opérationnelle qu'au 18e siècle, mais n'a jamais été complète en raison des politiques protectionnistes qui visaient à maîtriser la dislocation causée par l'évolution de la société vers une société de marché[295].

La privatisation au service de la mondialisation. Selon certains auteurs, la séparation public-privé a été davantage encouragée récemment. Ce phénomène serait le résultat d'un certain agenda politique qui favorise la mondialisation, notamment à travers les affaires internationales. De ce fait, ce serait le droit privé et non pas public qui prend progressivement le dessus. L'objectif serait de minimiser l'influence des réglementations internes sur le commerce international[296]. La tendance récente à privatiser certains domaines juridiques a été justifiée par les prétendus avantages de la réglementation privée. Celle-ci a été présentée comme étant apolitique, neutre et efficace.[297] Ces caractéristiques, comparées à la prétendue rigidité du droit public, en feraient un instrument plus adapté aux exigences de la mondialisation et de la privatisation progressive des secteurs socio-économiques.

Une distinction de moins en moins pertinente. Cutler semble prétendre qu'à la fois la distinction originelle entre le droit international public et privé et leur convergence récente sont au service du « capitalisme mondial ». Dans un passage très pertinent, elle donne une synthèse de sa position :

> « *In terms of international law, the public/private distinction is growing increasingly incoherent, at the very least reflecting the collapse of the distinction. Moreover, to the extent that the distinction is merely a construct of historical, material and ideological conditions and reflects no organic or natural differentiation between spheres of activity, one may regard it as having achieved the final stage in its decline. The dissolution of the distinction and the coming together of the private and public institutions and activities are crucial moves in the consolidation of contemporary global capitalism. However, the distinction still operates conceptually and*

[295] Polanyi (K.), *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time,* Boston, Mass.: Beacon Hill Press, 1944, cité *in* Cutler (C.), « Artifice, Ideology and Paradox: The Public/Private Distinction in International Law », *op. cit.*, p. 272.
[296] Cutler (C.), « Artifice, Ideology and Paradox: The Public/Private Distinction in International Law », *op. cit.*, p. 262.
[297] *Ibid.*, p. 276.

ideologically, serving to conceal the foundational role played by private international law in legitimizing processes of privatization and globalization. »[298]

Cutler a raison de souligner que cette distinction est tout sauf « naturelle ». Il est bien sûr qu'il s'agit d'une construction historique et bien sûr aussi qu'elle sert la conception sociétale qui lui a donné naissance. Cependant, quand il s'agit de critiquer à la fois la séparation et la convergence des deux droits, il est possible qu'on touche aux limites de l'incohérence. Certes la convergence récente entre les deux droits présente des avantages pour les entreprises. Cependant, le phénomène est plus complexe que ce qui est présenté ici. L'évolution historique de la responsabilité objective en est un exemple. La privatisation progressive des voies de recours présente des dangers, mais aussi des opportunités pour les victimes. « La main invisible de marché »[299] est puissante, certes, mais elle ne peut pas tout. Ici, contrairement à certaines idées préconçues, ce sont les États, le « public » qui échappe à toute responsabilité.

B. Une distinction profitant aux parties privilégiées

La dissimulation du rôle étatique. Une conséquence très importante de la séparation public/privé dans le domaine des dommages transfrontaliers est l'exclusion de la responsabilité du gouvernement pour les actes privés sur son territoire.

Cette exclusion a déjà été condamnée concernant la protection des droits humains. La doctrine a évoqué l'exemple des violences domestiques qui, relevant de la sphère privée, pourrait échapper à tout contrôle public, *a fortiori* international[300]. La torture est un autre exemple intéressant. Selon la Convention contre la torture (1984), ce crime désigne tout acte par lequel une souffrance aiguë est infligée à une personne, « lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite »[301]. La torture échappe donc au champ d'application de la Convention si elle n'est pas, au moins, consentie par une autorité publique. On voit toujours aussi mal pourquoi la torture, même sans lien apparent avec les autorités publiques, devrait échapper aux mesures de lutte prévues par la Convention. Ceci est vrai même s'il a été défendu que les prétendus actes de torture par les

---

[298] *Ibid.*, p. 274.
[299] Voy. Smith (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre IV, 1776, d'après réédition, Flammarion, 1991, tome II, p. 42-43.
[300] Chinkin (C.), « A critique of the public/private dimension », *EJIL*, 1999, vol. 10, n° 2, pp. 392-393.
[301] Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Article Premier §1. Cet exemple est rapporté par Chinkin (C.), « A critique of the public/private dimension », *op. cit.*, pp. 390-391.

autorités étatiques étaient de toute façon des actes *jure imperii* et donc soumis à l'immunité étatique[302].

Pour le sujet qui nous préoccupe, le parallèle peut être fait avec les actes de multinationales situées sous la juridiction étatique. Alors que la prospérité de ces entreprises profite directement aux États souverains, les dommages qu'elles pourraient causer à l'étranger n'engageraient aucunement l'État d'origine, en dehors du respect de la diligence due[303].

L'incohérence interne d'un certain discours étatiste. Selon la lecture majoritaire, l'État n'est responsable des actes privés que s'il a lui-même commis un fait illicite, y compris l'absence de diligence due. Ce discours relève d'une contradiction interne au regard de la souveraineté absolue réclamé par l'État *sur l'ensemble de son territoire* ainsi que dans les zones soumises à sa juridiction. Comment justifier la condamnation de toute intervention étrangère sur le territoire national, mais n'assumer aucune responsabilité quand ce même territoire est utilisé afin de nuire à ses voisins ? Bien entendu, l'État est toujours responsable en vertu de ses obligations de diligence due. Mais il semblerait qu'il puisse se désengager entièrement si les victimes n'arrivent pas à prouver le manquement à la diligence due, cela même si elles sont subies des dommages importants. La distinction public-privé pourrait permettre à l'État de se prémunir de toute responsabilité et, en même temps, laisser les victimes à la merci des juridictions internes.

Le parallélisme avec la critique féministe. Un autre exemple de l'incidence de cette distinction sur les groupes moins favorisés peut être trouvé dans les critiques féministes. La distinction public/privé en tant que telle et la restriction des femmes au seul domaine privé ont été critiquées par ces auteurs. Ce débat nous intéresse directement, car il porte justement sur l'intérêt de l'inscription des obligations juridiques en question dans l'une ou l'autre de ces sphères et la protection que cela pourra apporter à ce qu'on a appelé les « subalternes » du droit international[304].

---

[302] *R v. Bartle ex parte Pinochet Ugarte ; R v. Evans ex parte Pinochet Ugarte* (No. 1)(Amnesty International and others intervening) [1998] 3 WLR 1456. Cet exemple est apporté par Chinkin (C.), *ibid.*

[303] Voy. à cet égard Comité des droits de l'homme, Décision du 26 juillet 2017, *Yassin et al. c. Canada*, comm. n° 2285/2013. Dans cette affaire, le Comité des droits de l'homme a évoqué à la charge des États « l'obligation de veiller à ce que l'exercice des droits consacrés par le Pacte ne soit pas entravé par de activités extraterritoriales d'entreprises, relevant de sa compétence » (§ 6,5). Ces obligations sont de nature de diligence due et sont d'autant plus importantes en face des violations des droits de l'Homme aussi graves que celles prétendues dans cette affaire. Pour une analyse de l'affaire voy. Delzangles (B.), Grosbon (S.), « Entreprises et droits de l'Homme », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, publié en ligne sur la revue des droits de l'homme : http://journals.openedition.org/revdh/3674

[304] Voy. Bachand (R.), *Les subalternes et le droit international*, Pedone, 2018.

Certains auteurs féministes ont critiqué la distinction public-privé comme étant une partie de la doctrine libérale qui contribue à la « soumission » des femmes dans la société. Selon eux, cette distinction revient à séparer entre, d'une part, le domaine de l'économie, de la politique et du droit et, d'autre part, la vie privée et familiale. Cette distinction aurait permis à la fois de masquer et de renforcer la subordination structurelle des femmes[305]. Cette critique ne peut pas être balayée d'un revers de main. Chinkin donne l'exemple des femmes de ménage immigrées dont l'activité est encouragée par certains États d'accueil, mais aussi d'origine[306]. Cette activité peut contribuer de manière significative à l'économie des États d'origine. Elle offre aussi des services très bon marché à l'État d'accueil. Or, ces femmes se trouvent souvent démunies. Leur travail ménager, conçu comme étant privé, est parfois dissimilé et échappe à la régulation interne. Ceci est vrai même si elles travaillent pour les fonctionnaires publics. La nature de leur travail, assimilé au domaine privé, pourrait donc les priver de tout contrôle interne ou international. Or, en réalité, les abus fréquents dont elles sont victimes ne sont pas d'ordre privé. Au contraire, il s'agit d'abus systémiques (*systemic abuse*) qui ne se seraient produits qu'en l'absence d'un contrôle étatique efficace.

La similitude avec la responsabilité objective. Encore une fois, cette critique peut être transposée au sujet qui nous intéresse. Il est vrai qu'en responsabilité objective, il ne s'agit souvent pas des activités privées au sens ménager. Néanmoins, il s'agit toujours des activités économiques qui ont une importance particulière pour l'État d'origine. Si elles ne sont pas couvertes par la protection du foyer familial, elles sont très souvent protégées par le secret industriel, voire le secret défense. Cela étant, la restriction de la responsabilité qui peut en découler au seul exploitant privé revient à ignorer leur importance cardinale pour l'économie nationale tout entière (publique comme privée).

La mise en doute des critiques. Ces critiques à l'incidence de la distinction public-privé sur les droits des femmes ne sont pourtant pas unanimement acceptées. Selon Engle, quand les auteurs féministes se plaignent de l'exclusion du domaine privé (où se situent souvent les femmes) du droit international, ce qui les inquiète vraiment est plutôt l'exclusion des femmes du droit international. Paradoxalement, selon elle, ces mêmes auteurs sont ceux qui attachent l'étiquette du « privé » à l'activité des femmes[307].Toujours selon Engle, au lieu de déplacer le

---

[305] Chinkin (C.), « A critique of the public/private dimension », *op. cit.*, pp. 389-390. Voy. sur l'incidence de la distinction public-privé sur les droits des femmes Olsen (F.), « International Law : Feminist Critiques of the Public/Private Distinction », *Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 25, 1993, pp. 157-17.
[306] *Ibid.*, pp. 392-393.
[307] Engle (K.), « After the Collapse of the Public/Private Distinction: Strategizing Women's Rights», *Transnat'l Legal Pol'y*, 25, 1993, p. 146.

forum (du privé au public), il convient de redéfinir le privé. L'intérêt des femmes ne serait garanti que si on reconnaissait les niveaux multiples de leur vie sociale qui se chevauchent. En outre, le niveau privé n'a pas à être dénigré comme un domaine non réglementé. Le privé et même les « marges du droit international » disposeraient aussi des potentiels libérateurs pour les femmes[308]. Alors que certains auteurs féministes se battent pour faire entrer le droit des femmes dans la sphère du droit international, certains des groupes sociaux les plus puissants (elle donne l'exemple des acteurs du commerce international) essaient d'échapper au droit international public[309].

On voit bien que la couverture des droits dans la sphère publique ou privée n'apporte pas de garantie définitive. Chaque domaine dispose d'avantages et de risques. La protection maximale des victimes serait garantie par une couverture maximale, en droit interne et international, public et privé. Ce constat doit être complété par les incertitudes quant au maintien d'une séparation claire entre les deux domaines.

C. Une distinction dépassée

Des catégories superflues. Au-delà de l'incidence de la distinction, son existence même et sa portée exacte sont parfois remises en question. L'une des difficultés vient de deux mouvements constants et contradictoires à savoir les nationalisations et les privatisations, totales ou partielles. Déjà dans le cadre des Articles de 2001, plusieurs États avaient exprimé leurs doutes quant à la portée exacte de cette distinction. Les Pays-Bas avaient émis des doutes sur la portée de l'expression « puissance publique ». Ils avaient rappelé la tendance dans de nombreux pays, dont les Pays-Bas, à privatiser entièrement ou partiellement les services publics[310]. Le Royaume-Uni avait émis des doutes quant à la possibilité de définir ce qu'est la « fonction gouvernementale », car il n'y avait aucune compréhension commune du concept[311]. En effet, une séparation stricte entre le Public et le Privé n'est pas chose aisée au regard à la fois des phénomènes de privatisation/nationalisation et des différences fondamentales des structures économiques dans différents pays du monde[312].

Une convergence progressive. La doctrine a aussi remarqué une évolution structurelle en faveur de la convergence entre l'aspect public et privé, à la fois, du droit et des relations

---

[308] *Ibid.,* pp. 147-149.
[309] *Ibid.,* pp. 149-151.
[310] Commentaires et observations reçus des gouvernements, Doc. A/CN.4/515 et Add.1 à 3, 19 mars, 3 avril, 1er mai et 28 juin 2001, p. 46.
[311] *Ibid.*
[312] Voy. Dans ce sens, Chinkin (C.), « A critique of the public/private dimension », *op. cit.*, p. 389.

internationales[313]. Cette convergence se manifeste par les phénomènes de globalisation et de privatisation qui vont souvent de pair. Selon une partie de cette doctrine, cette évolution se fait notamment en faveur des arrangements privés qui facilitent le capitalisme international et le libre-échange. La distinction public-privé servirait alors comme une justification de la primauté des réglementations privées[314].

L'approche privatiste de la CDI. Cette évolution peut parfaitement être confirmée dans les travaux de la CDI sur le sujet qui nous intéresse. Dans les premiers stades de sa réflexion, les travaux de la CDI sur les deux formes de la responsabilité étaient assez similaires. La logique, la méthode et le langage du travail étaient ceux du droit international public. Avec le temps, on a constaté une approche de plus en plus privatisée. En témoignent le régime de la responsabilité, la nature *soft law* des principes, le prisme économique et le langage jugé « managérial » de la CDI.[315]

En ce qui concerne les Principes de 2006, la nature de la responsabilité, le choix de la personne responsable et les voies de recours sont en grande partie privatisés. Cette privatisation va encore plus loin qu'une touche de droit international privé. Plus que le droit privé, qui est toujours régi par une logique juridique, ces principes sont principalement motivés par des raisonnements économiques. En effet, les principes de 2006 seraient l'exemple parfait d'un cours de « *Law and Economics* » à l'américaine. Il n'est pas secret que le dernier rapporteur spécial P. Rao, était un éminent étudiant de M. McDougal à Yale. Son attachement à la vision de son maître, l'approche « *Policy-oriented* » est plus que visible dans sa conception des Principes. Les choix effectués sont faits selon une logique d'efficacité économique et d'analyse coût-profit. Au premier abord, ces principes peuvent être extrêmement choquants pour un commentateur habitué à l'approche juridique traditionnelle. Cependant, une fois qu'on a compris la philosophie profonde derrière les choix juridiques, la logique interne des articles devient apparente.

Le dépassement de la distinction classique dans la réglementation environnementale. Un autre exemple du dépassement de cette distinction peut être trouvé dans la réglementation environnementale qui constitue l'un des piliers de la responsabilité objective. Les nouvelles formes de la réglementation telles que « *non-coercive orderings* », l'autorégulation et la co-régulation font abstraction de la nature publique ou privée du régulateur et de son

[313] *Ibid.*
[314] *Ibid.*
[315] Koskenniemi (M.), « The Fate of Public International Law - Between Technique and Politics », *MLR*, vol. 70, n° 1, 2007, pp. 1-30 notamment p. 12.

destinataire[316]. Ce dépassement fait partie d'un mouvement plus large du « gouvernement » à la « gouvernance ». Le concept de la gouvernance est une réaction au caractère centralisé et rigide de l'État/du gouvernement. En réponse à cette rigidité, la gouvernance tente de mettre en place une réglementation fluide, flexible et polycentrique[317].

Sans nul doute, la théorie de gouvernance fait partie intégrante du néolibéralisme. La doctrine a rappelé que, malgré son apparence neutre, cette théorie favorise et promeut les valeurs privées :

> « *Despite its ostensible embrace of public values such as democracy, participation, and deliberation, neoliberalism is heavily biased towards favoring the "private." Efficiency, competition, entrepreneurship, personal responsibility, and flexibility are characteristics that are associated with "private" entities, and often take precedence over open and public deliberation, and free and equal participation. And although new governance depicts the relationships between state and society and between the public and the private as based on equal partnership, it in fact prefers and advances the private and the values associated with it.* » [318]

Les sceptiques. Blanck et Rosen-Zvi sont pourtant sceptiques face au dépassement de la distinction dans la réglementation environnementale. Même si leur argumentation ne porte pas directement sur la responsabilité objective, leur analyse des rapports public-privé est tout à fait pertinente pour le sujet qui nous occupe plus directement. Selon eux, ce prétendu dépassement de la distinction public-privé est une exagération. Ils avancent notamment deux arguments en faveur de leur position. Le premier est la survie de la souveraineté en tant qu'élément central du droit international. Malgré les critiques du caractère « rigide » et pas suffisamment « démocratique » de l'aspect international de la souveraineté, la notion maintient une place centrale en droit international. Au moins en théorie, les États sont donc libres de protéger leur domaine « privé » de toute imposition étrangère[319].

Le deuxième argument concerne la participation accrue des pouvoirs locaux (*local governments*) dans la réglementation environnementale. Cette participation avait été décrite comme une preuve du dépassement de la distinction. Cet argument part d'un *a priori*, à la fois douteux et contingent, selon lequel ces pouvoirs échappent au domaine public. Même si cet *a priori* était admis, son rôle dans un dépassement de la distinction public-privé est incertain. Blanck et Rosen-Zvi démontrent que, dans les régimes de *common law*, les « *doctrine of ultra*

---

[316] Blank (Y.), Rosen-Zvi (I.), «The Persistence of the Public/Private Divide in Environmental Regulation », *Theoretical Inq L*, vol. 15, n°1, January 2014, p. 199.
[317] *Ibid.*, p. 201.
[318] *Ibid.*, pp. 222-223.
[319] *Ibid.*, pp. 203-206.

vires »[320] et « *doctrine of preemption* »[321] ne permettent pas une liberté totale des pouvoirs locaux. En dernière analyse, ces autorités ne peuvent agir que dans le cadre normatif qui leur est imposé. Ce cadre est quant à lui largement tributaire des pouvoirs publics centralisés[322].

Selon les deux auteurs, la vraie solution est de refuser les *a priori* vis-à-vis des domaines publics et privés. Par exemple, le maintien du public a été justifié selon un *a priori* qui considère le domaine privé comme étant par nature égocentrique, non démocratique et opaque. Or, une réévaluation et restructuration du monde des entreprises peut permettre de contredire ces *a priori*. La démocratisation de la structure et du fonctionnement des entreprises ainsi que l'encouragement des différents moyens d'action sociale de l'entreprise pourraient éviter cette situation. La responsabilité sociale des entreprises, l'autorégulation et la co-régulation sont des moyens qui peuvent être mobilisés[323].

Nous sommes assez d'accord avec l'analyse des deux auteurs sur le rapport entre les deux domaines. Ils ont défendu une « troisième option » face aux seules privatisations ou la publicisation. Le public n'est pas, en tout cas pas systématiquement, l'équivalent de l'égalité et de la démocratie, ni de la lenteur et la bureaucratie. Le privé peut aussi voir son intérêt dans celui de la collectivité tout entière. C'est aussi cette lecture plus large qui permet de garantir l'intérêt des victimes des accidents transfrontières :

> « *Redefining profit-maximization and shareholders' interests is not the only "third" option that could transcend the public/private divide. Another option is a profound conceptual and structural transformation of the corporate entity itself.* Corporations can and should be understood as being no less public than they are private. Indeed, seeing them as entities established by the public and for the public - even if in the unique form of a "private" entity - could reverse the foregrounding of their private nature. *Thus, corporations need to be infused with communal values in their regular business management, turning them into a form of participatory democracy. Such structural changes might involve the inclusion of environmental NGOs in the corporation's board of directors, issuing a "golden share" to the government in matters pertaining to the environment, and, more generally, subjecting the corporation to greater democratic-participatory control. This way, private corporations could serve as vehicles for the creation of "new forms of human association based upon the communal tie created by the pursuit of common goals."* » [324]

---

[320] En *common law*, cette doctrine interdit les actes *ultra vires* des agents publics ainsi que les entreprises. Autrement dit, cette doctrine interdit à tout agent, organe public ou entreprise d'agir en dehors du champ d'action qui lui a été attribué légalement.

[321] Il s'agit d'une autre doctrine originaire de *common law*. Selon cette doctrine, les actes émanant des autorités supérieures priment sur ceux des autorités inférieures. La « supériorité » est décidée en fonction, à la fois, de la hiérarchie des normes et de la structure fédérale quand la Constitution prévoit la suprématie de certaines autorités sur d'autres.

[322] Blank (Y.), Rosen-Zvi (I.), « The Persistence of the Public/Private Divide in Environmental Regulation », *op. cit.*, pp. 206-210.

[323] *Ibid.,* p. 223-228.

[324] *Ibid.,* p. 224-225. Italiques ajoutés.

Le même constat peut être fait quant à la responsabilité des entreprises pour les pollutions environnementales ou autres. Croire que la privatisation ou la publicisation pure et simple est la réponse définitive à tous les problèmes est un contresens. L'expérience des mécanismes privés volontaires dans la réparation des dommages causés par les pollutions maritimes en est un exemple. Pendant leur activité, les accords privés (notamment le couple TOVALOP-CRISTAL[325]) avaient permis une alternative rapide, flexible et parfois assez efficace aux procédures judiciaires classiques[326]. Dans d'autres cas, comme l'accident *Deepwater Horizon*, les acteurs privés ont démontré qu'en présence d'une volonté réelle, ils étaient capables d'entreprendre des actions monumentales pour remplir leur responsabilité sociétale[327].

[325] Le TOVALOP est l'acronyme pour *Tanker Owners Voluntary Agreement concerning Liability for Oil Pollution* et le CRISTAL est l'acronyme pour *Contract Regarding an Interim Supplement to Tanker Liability for Oil Pollution*.
[326] Voy. *infra* la Deuxième Partie pour davantage d'information sur l'intérêt de ces accords.
[327] Voy. *infra* Chapitre 6, le régime conventionnel pour les pollutions causées par les hydrocarbures.

Conclusion de la Section 2

Les limites d'un contentieux purement privé. Au cours de cette Section, nous avons examiné les difficultés liées à la distinction entre la responsabilité civile et étatique. La plupart des conventions ont traité les opérateurs publics comme un acteur économique et les ont soumis aux lois et aux juridictions internes. Au regard des difficultés procédurales d'un contentieux interétatique, ce choix pourrait être compris comme une facilité pour les victimes. Il est vrai que pour les accidents mineurs, la privatisation des voies de recours pourrait favoriser les victimes. Or, pour les dommages les plus importants, la privatisation entraîne des risques. Les régimes de responsabilité privés prévoient, presque tous, une responsabilité plafonnée. Or, les catastrophes industrielles (Bhopal, l'usine Sandoz, etc.) peuvent dépasser de loin ces limites. Dans ce cas, la seule responsabilité privée ne peut garantir l'intérêt des victimes. Ceci d'autant plus que les États n'ont abandonné que leur immunité de juridiction par certains textes conventionnels. Par conséquent, les procédures privées, même si elles aboutissent, risquent de se confronter au mur de l'immunité d'exécution.

La distinction public-privé, une institution politique à double tranchant. La distinction public-privé est loin d'être une institution neutre visant à respecter une exigence juridique « naturelle ». Elle est le résultat de la philosophie libérale à l'origine de l'organisation sociétale contemporaine. Au départ nécessaire pour protéger le domaine privé des ingérences publiques, cette distinction poussée à l'extrême peut cependant présenter des dangers. Elle est aussi une notion évolutive et fluide qui dépend des configurations politico-historiques du moment. Les critiques quant à son incidence sur les groupes défavorisés sont dignes d'intérêt. Même si elles sont parfois exagérées ou incohérentes, elles mettent l'accent sur la possibilité de l'instrumentalisation de cette distinction afin de soustraire les parties favorisées à toute obligation juridique.

La soustraction des États d'origine. Dans le sujet qui nous occupe, cette distinction est aussi au service d'un certain discours étatiste qui vise à soustraire les États des conséquences potentiellement catastrophiques des activités privées ayant cours sous leur juridiction. Cela étant, même si la privatisation excessive du contentieux de la responsabilité objective, pouvait profiter à certains États, elle présente des dangers certains pour les victimes. Le danger vient des ressources limitées des acteurs privés et de l'ampleur parfois catastrophique des dommages créés. Quand il s'agit d'accidents majeurs, mettant en cause des matières dangereuses, seuls les États pourraient être en mesure de réparer les dommages créés. L'exclusion de la responsabilité étatique peut donc être l'équivalent de la privation des victimes.

Conclusion du Chapitre 1

L'incidence des lobbies industriels. À la lecture du droit conventionnel, la première chose qui attire l'attention est l'incidence majeure du *lobbying* des secteurs d'assurance et industriel sur le sort des textes en question. Certains des textes prévoyant la responsabilité objective n'ont jamais été ratifiés à cause de ces pressions. Certains autres n'ont été adoptés qu'avec une portée limitée. Quand on s'intéresse aux négociations diplomatiques qui ont mené à l'adoption des textes, on voit qu'il y a toujours, au moins, trois parties prenantes : les secteurs industriels, les assurances et les États. Chacun essaie de se décharger au maximum et, au bout du compte, les solutions sont souvent basées sur des compromis.

Un intérêt existant, mais limité. À la suite de ces compromis, les Conventions internationales ont fait avancer, aussi bien que mal, la protection des victimes. Dans certains domaines et certaines zones géographiques, elles sont même si largement adoptées qu'elles pourraient justifier l'existence d'une règle coutumière sur cette base. Cependant, il apparaît clairement à la lecture de ces textes que les États privilégient une approche sectorielle et limitée plutôt que des obligations larges aux conséquences, dans leur opinion, imprévisibles. On voit clairement que les textes à portée plus générale ou touchant aux intérêts essentiels des États sont moins bien accueillis. Néanmoins, les conventions examinées permettent de montrer un intérêt existant et progressif de ne pas laisser les victimes innocentes sans aucune forme de réparation.

La distinction public-privé. L'étude des fondements de la distinction entre le droit public et privé nous a montré son caractère hautement politique. Loin d'être une notion « naturelle », « inhérente » ou apolitique, cette distinction sert clairement une certaine philosophie politique. En droit de la responsabilité, il a servi de couverture aux États afin de se décharger de leur responsabilité en tant qu'État d'origine. La privatisation progressive du droit de la responsabilité et des voies de recours a été promue comme étant un choix « pragmatique », « efficace » et permettant l'accès des victimes à la justice. Cet argument est partiellement vrai. Il est vrai que certains mécanismes privés se sont révélés plus malléables et plus protecteurs des victimes par rapport aux voies classiques du droit international public. Cependant, la confusion de plus en plus importante des fonctions publiques et privées crée de sérieux doutes quant à la pertinence et l'intérêt de la distinction public-privé.

Les critiques à la distinction. S'agissant de la pertinence, il existe des domaines qui définissent l'entité responsable nonobstant son caractère public ou privé[328]. Le régime de responsabilité (la

[328] Il s'agit des régimes nucléaires et de l'Annexe VI au Protocole de Madrid.

notion du dommage, le plafonnement, l'attribution, etc.) s'applique indifféremment quant à l'origine publique ou privée de l'entité en question. Quant à l'intérêt, le premier problème est que l'État-exploitant de l'activité dangereuse maintient son immunité d'exécution. Même si certains textes ont exclu expressément l'immunité de juridiction des États qui s'engagent dans les activités dangereuses[329], se pose toujours la question de l'effectivité des décisions éventuellement prises.

Pour finir, la critique la plus importante quant à la distinction public/privé est qu'elle a justifié l'exclusion d'une participation étatique. Nous avons vu que les plafonds de la responsabilité dans les régimes privés sont très divergents et largement insuffisants pour les dommages catastrophiques. Nous avons vu aussi qu'il n'est pas possible de demander une réparation illimitée du côté des assurances. Au regard de ces faits, en réaction aux accidents les plus importants, seuls les États seraient en mesure de réparer les préjudices subis de manière satisfaisante.

[329] Voy. *supra* la Section 1, notamment les régimes nucléaires.

Chapitre 2. La coutume représentée à travers la pratique non conventionnelle

Une autre preuve de la coutume. Dans le Chapitre précédent, nous avons démontré que la pratique conventionnelle des États ne suffit pas pour affirmer l'existence d'une règle coutumière générale prévoyant la responsabilité objective. Elle montre pourtant un intérêt réel pour cette forme de responsabilité, notamment du fait des limites inhérentes de la responsabilité classique. Dans le présent Chapitre, nous allons compléter ce premier élément avec d'autres formes de pratique étatique qui nous semblent plus favorables à l'existence d'une règle coutumière, au moins dans certains domaines où la responsabilité objective trouve à s'appliquer.

La cartographie de la responsabilité objective. La doctrine qui s'est penchée sur ce sujet a toujours examiné diverses formes de la pratique étatique. Cependant, elle n'a jamais présenté un tableau complet des exemples de son application. Il s'agissait d'exemples disparates sans véritable effort de catégorisation. Nous tenterons, à la fois, d'enrichir et de regrouper ces exemples afin de présenter une cartographie des cas d'application. Ce travail de catégorisation nous semble essentiel, car il permet de mieux situer la responsabilité objective par rapport à la responsabilité classique, et du même coup, aider à délimiter les contours de cette forme de responsabilité.

Il est aussi important de préciser que cette catégorisation est en soi une proposition doctrinale, une partie de la thèse que nous défendons. Par conséquent, il faut savoir que le principe même de ces catégories et la manière dont le sujet est approché ne font pas l'unanimité. Prenons l'exemple des réparations en présence des circonstances excluant l'illicéité. Il n'existe pas de consensus pour la qualification des « paiements » effectués comme une véritable « réparation ». Ces paiements pourraient aussi être présentés comme une mesure de garantie et non pas une véritable réparation. L'enjeu est donc aussi de démontrer la pertinence de la responsabilité objective dans chaque catégorie et dans les exemples apportés.

Une autre précision qui s'impose est le caractère ouvert de ces catégories. L'objectif est de présenter une grille de lecture à partir de laquelle l'on peut comprendre la place de la responsabilité objective en droit international. Néanmoins, l'inscription d'un exemple de la pratique étatique dans une catégorie quelconque n'interdit pas systématiquement son inclusion dans une autre catégorie. La composition des exemples est donc fonction de leur proximité avec chaque catégorie sans pour autant être exclusive.

L'objectif de la recherche. Dans les exemples que nous allons examiner, l'accent sera mis sur *l'existence* de la responsabilité objective en droit international coutumier. L'objectif premier est de voir si les États soutiennent une responsabilité directe (pour leurs propres actes) ou indirecte (pour les actes des personnes sous leur juridiction) en l'absence d'un fait internationalement illicite. Néanmoins, la recherche ne se limite pas à une simple réponse binaire. Comme dans le Chapitre 1, nous allons aussi examiner la « place » de la responsabilité objective, telle qu'expliquée dans l'introduction de cette Partie.

Des exemples sélectifs. Il est important de préciser que cette étude ne prétend pas à l'exhaustivité. D'ailleurs, aucune monographie honnête ne peut avoir cette prétention concernant un sujet dont le champ d'application est aussi vaste. Néanmoins, nous tâcherons de présenter un état des lieux aussi complet que possible. Les exemples apportés sont donc sélectionnés en fonction de leur valeur démonstrative. Autrement dit, il s'agit des exemples les plus topiques qui permettent d'expliquer chaque cas d'application de manière la plus claire possible.

En fonction de ce qui vient d'être dit, il convient d'examiner les différents cas d'application de la responsabilité objective dans la pratique non conventionnelle. Il s'agit d'abord des cas où la réparation a été accordée en application de la seule théorie du risque (Section 1). Il s'agit ensuite des réparations en cas de normes primaires contingentes (Section 2). Il s'agit enfin des cas d'application en présence des circonstances qui excluent ou mettent en doute l'illicéité (Section 3).

Section 1 : L'application de la seule théorie du risque

Une théorie primordiale. Une partie de la doctrine considère la responsabilité objective comme équivalente à la responsabilité pour risque. Selon cette partie, la responsabilité revient toujours, en dernière analyse, à la théorie du risque[330]. Cette théorie nous semble critiquable en ce qu'elle présuppose une lecture particulièrement large de la notion du risque. Nous pensons, au contraire, que la théorie du risque ne peut que couvrir une partie des réparations effectuées en fonction de la responsabilité objective. Il s'agit certes de la partie la plus ample et la plus importante, mais elle n'est pas la seule.

Dans le cadre de cette théorie, on a surtout affaire à des accidents industriels et technologiques. Il s'agit du cadre classique de la responsabilité objective qui concerne des risques industriels[331]. Les activités dont il est question présentent un intérêt social qui justifie qu'elles soient « tolérées » même si elles posent un risque constant pour l'environnement et la population qui les entourent. Certains domaines industriels sont examinés de plus près, car il existe aussi des régimes conventionnels les concernant. Il s'agit des accidents spatiaux (§1), nucléaires (§2) et la pollution du fait des hydrocarbures (§3). Cela n'empêche que la responsabilité objective peut trouver à s'appliquer aussi dans d'autres domaines industriels (§4). Il existe par ailleurs des précédents intéressants en ce qui concerne les projets de construction des infrastructures dans les zones transfrontalières. Les spécificités de cette catégorie justifient une catégorie distincte (§5).

§1 Les accidents spatiaux

Des accidents rares, mais en croissance. Il existe un certain nombre d'accidents spatiaux qui entrent directement dans les champs de cette étude. Depuis le début des lancements spatiaux, des dizaines de débris spatiaux sont tombés sur Terre. Au total, nous avons connaissance de 22[332]. En sachant que la 71 % de la surface de la Terre est couverte d'eau et que la plus grande

---

[330] Il s'agit par exemple de l'approche de la CDI. Voy. aussi Scelle (G.), *Manuel élémentaire de droit international public (avec les textes essentiels)*, *op. cit.*, pp. 683-702 ; Goldie (L.F.E.), « International Principles of Responsibility for Pollution », *op. cit.*, pp. 283-330.

[331] Voy. *supra* l'introduction de la thèse.

[332] Nous n'avons pas trouvé de recensement pour la retombée des débris spatiaux dans les sources doctrinales. Il existe pourtant un site internet qui propose un tour d'horizon des chutes de débris spatiaux par Terre : https://pauldmaley.com/sd1/
Ce site est créé par un passionné de l'espace extraatmosphérique. En sachant qu'il ne s'agit pas d'un site officiel, nous ne pouvons pas confirmer l'exactitude de toutes les informations qui y sont inscrites. Néanmoins, son recensement semble en général plutôt fiable.

partie des surfaces maritimes et terrestres sont inhabitées, le risque de création du dommage est en réalité minime. Néanmoins, les accidents spatiaux ne cessent d'augmenter. Entre 1960 et 2000, nous avons connaissance de 6 accidents seulement. Depuis 2000, il y a eu, à notre connaissance, 16 accidents, dont 2 en 2024[333]. Au regard de la croissance continue du nombre de lancements spatiaux, il faut même s'attendre à une augmentation de ce nombre à l'avenir[334]. Heureusement, la majorité des chutes d'objets spatiaux n'ont pas causé de dommages considérables. Cependant, il existe toujours quelques accidents qui ont causé soit des dommages importants, soit de vives inquiétudes quant au sort des engins tombés sur Terre. L'exemple le plus connu et le plus pertinent est toujours l'accident Cosmos-954, désormais un classique du droit spatial (A.). Il existe aussi une série d'autres accidents moins importants qui peuvent être regroupés sous le même titre (B.). Ces exemples seront examinés par ordre d'importance.

A. Cosmos-954

Les faits. Le 24 janvier 1978, COSMOS 954, un satellite de surveillance soviétique à propulsion nucléaire s'est écrasé dans le Territoire du Nord-Ouest canadien. À la suite de l'accident, une quantité particulièrement importante de radioactivité s'est répandue sur une surface d'au moins 124 000 kilomètres carrés. Le Canada, appuyé par les experts américains, a mené une opération d'envergure appelée « *Operation Morning Light* ». Au regard de l'importance géographique des zones affectées, l'opération a coûté 14 millions de dollars canadiens et elle a duré environ 8 mois[335].

Le soutien canadien à un principe coutumier de réparation. La position canadienne quant au fondement de la responsabilité aide à éclairer la pratique étatique. Le Canada se base certes sur la Convention de 1972 sur la responsabilité spatiale. Cependant, sa position va bien au-delà d'une règle coutumière dans le seul domaine spatial. En effet le ministère canadien des Affaires étrangères soutint que :

---

[333] *Ibid.*

[334] Voy. dans ce sens Maisonnave (S.), « Objets et débris spatiaux : responsabilité et rentrée incontrôlée dans l'atmosphère », *RGDIP*, Tome 125, 2021, n° 3, p. 576.

[335] Pour les faits voy. les sites ci-dessous :
« L'incroyable histoire du satellite nucléaire russe qui s'est écrasé au Canada ». Site de l'INA : https://www.ina.fr/ina-eclaire-actu/1978-les-debris-du-satellite-atomique-cosmos-954-tombent-sur-terre
« Il y a 40 ans, un satellite nucléaire russe s'écrasait au Canada », Radio-Canada : https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1079862/40-ans-satellite-nucleaire-russe-crash-canada-cosmos-954
« Incidents et accidents nucléaires antérieurs : COSMOS 954 », site du gouvernement canadien : https://www.canada.ca/fr/sante-canada/services/securite-et-risque-pour-sante/radiation/urgences-radiologiques-nucleaires/incidents-accidents-anterieurs/cosmos-954.html

> « La règle de la responsabilité absolue en matière d'activités spatiales, et en particulier d'activités faisant intervenir l'utilisation de l'énergie atomique, est considérée comme étant devenue un principe général du droit international. Un grand nombre d'États, y compris le Canada et l'Union des républiques socialistes soviétiques, ont souscrit à ce principe, tel qu'il est énoncé dans la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par les objets spatiaux. *Ce principe de responsabilité absolue s'applique aux domaines d'activités ayant en commun un degré de risque élevé. Il est réitéré dans de nombreux accords internationaux et il est au nombre des "principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées"* (Art. 38 du Statut de la Cour internationale de Justice). Par conséquent, ce principe a été accepté en tant que principe général du droit international. »[336]

Par conséquent, le Canada défend une responsabilité absolue (et non pas seulement objective) qui s'applique non seulement aux activités spatiales, mais aussi à toutes « activités ayant en commun un degré de risque élevé. » Il s'agirait donc à la fois d'un PGD au sens de l'article 38 et d'un principe général du droit international public. Il peut être reproché à cette position une équivalence (maladroite ?) entre, d'une part, les PGD issus des droits internes et, d'autre part, les prétendus PGD dérivés du droit international[337]. Les opposants à la responsabilité objective y verront aussi une conclusion hâtive à partir d'un nombre limité d'accords, notamment en 1978. Une conclusion aussi générale pour l'ensemble des activités dangereuses pourrait se révéler critiquable. Il n'empêche qu'il s'agit là d'un exemple éloquent de pratique étatique, singulièrement limpide dans sa reconnaissance d'un principe général de responsabilité pour activité dangereuse[338].

Quant à l'Union soviétique, elle a refusé l'existence d'un tel principe et n'a pas accepté d'accorder une réparation intégrale au Canada. À la suite de longues négociations entre les deux États, elle a uniquement accepté un paiement partiel à la hauteur de 3 millions de dollars canadiens en règlement final et intégral de toutes les questions liées. Cela dit, elle a refusé de qualifier ce montant de « réparation » *stricto sensu* sur la base d'une responsabilité pour risque[339].

Le fondement de la responsabilité. Le dernier point qui doit être relevé dans cette affaire est celui du fondement théorique de la responsabilité. En effet, le Canada semble se baser sur la notion de souveraineté pour justifier sa position. Selon lui :

---

[336] *ILM*, vol. 18, p. 907, §22. Italiques ajoutés.
[337] L'inclusion de ces derniers principes dans les PGD prévus par l'article 38- §1-c) du Statut de la CIJ est pourtant fort problématique en ce qu'elle est en opposition avec les termes mêmes de l'article. C'est pourtant ce qu'a voulu faire le rapporteur spécial de la CDI sur les PGD, Marcelo Vázquez-Bermúdez. Jusqu'à dans son rapport le plus récent, ces principes sont toujours présents dans les projets de conclusion. Voy. Rapport de la Commission du droit international pour sa 74e Session, doc. A/78/10, 2023, les conclusions 3 et 7 et les commentaires y relatifs, pp. 15-17, 23-26.
[338] Voy. à cet égard, Birnie (P.), Boyle (A.), Redgwell (C.), *International law and the environment*, *op.cit.*, p. 218.
[339] L'Étude de 1995, p. 116, § 280.

> « L'intrusion du satellite Cosmos-954 dans l'espace aérien du Canada et le rejet sur le territoire canadien de débris radioactifs dangereux provenant du satellite constituent une violation de la souveraineté du Canada. *Cette violation est établie par la simple intrusion du satellite*, les conséquences préjudiciables de cette intrusion étant les dommages subis par le Canada du fait de la présence de débris radioactifs dangereux et de l'ingérence dans le droit souverain du Canada de déterminer les actes pouvant être accomplis sur son territoire. Les précédents internationaux reconnaissent qu'une violation de la souveraineté donne naissance à l'obligation de réparer. » [340]

C'est une conception assez large de la responsabilité objective qui va réunir le droit conventionnel, les PGD et une certaine vision de la souveraineté pour en déduire une obligation générale de réparation en présence des activités dangereuses[341].

B. Les autres accidents

Skylab. L'un des accidents les plus importants a été celui relatif aux fusées Skylab. Skylab était la première station spatiale américaine lancée par la NASA. Sur un plan technique, elle a revêtu une importance particulière, car elle a permis des opérations qui étaient jusqu'au là inenvisageables[342]. Elle est toujours la seule à avoir été exclusivement opérée par les Américains.

La chute des parties de cette fusée était programmée et volontaire. En revanche, la NASA a échoué à contrôler ce retour sur Terre. Ayant programmé ce retour dans une partie inhabitée de l'océan Indien, des dizaines de pièces sont tombées sur le territoire australien, notamment à proximité du Comté d'Espérance. En l'espèce, aucun dommage corporel ou aux biens n'a été rapporté. Néanmoins, le Comté d'Espérance a tenu à condamner la NASA à payer une somme, certes symbolique, au titre de l'abandon de déchets[343] (« *littering* »[344]). Même s'il n'y a pas eu de dommage significatif et que la sanction prononcée est très faible, ceci montre toutefois que les États ne sont pas indifférents quant au simple dommage produit sur leur territoire même si l'on ne peut démontrer un fait illicite. En l'espèce, la seule manière de défendre un fait illicite serait donc de considérer la création du dommage transfrontière comme un fait illicite en soi.

---

[340] *ILM*, vol. 18, §21. Italiques ajoutés.
[341] Pour une autre analyse de cet exemple voy. Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public*, *op. cit.*, pp. 335-337.
[342] Pour l'ensemble des caractéristiques techniques de la fusée, voy. Belew (L.), Stuhlinger (E.), *Skylab : a guidebook*, national aeronautics and space administration, 1973, notamment p. 227.
[343] Il s'agit d'une somme de 400 dollars qui a été payée 30 ans plus tard : http://www.esperanceexpress.com.au/news/local/news/general/littering-fine-paid/1488319.aspx?storypage=1
[344] Le littering est défini comme « le fait de jeter ou d'abandonner sur la voie publique de petites quantités de déchets urbains, sans utiliser les infrastructures prévues ». La définition est apportée par l'Office suisse de l'environnement : https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/dechets/info-specialistes/politique-des-dechets-et-mesures/littering.html

Sinon, et si on se base sur le délit de l'abandon de déchet, l'on peut défendre la même infraction, chaque fois qu'un dommage transfrontière est créé.

Dai Chei Chinei. Cet exemple est particulièrement intéressant, car il est le seul à avoir causé des dommages corporels significatifs. L'accident s'est déroulé le 5 juin 1969, pas loin des côtes de la Sibérie. Il s'agissait d'un navire-cargo japonais (Dai Chei Chinei) qui a été touché par un objet volant dont on ne connaît toujours pas l'identité exacte. Selon les rapports dévoilés par le New York Times, il s'agissait d'un objet spatial soviétique. À en croire ce rapport, le gouvernement japonais n'a pas voulu faire de grande publicité sur cette affaire par crainte de provoquer le gouvernement soviétique[345].

Les diplomates japonais avaient informé les délégations occidentales au sous-Comité juridique de l'espace extraatmosphérique des Nations Unies des détails de cet accident. Selon eux, le navire a été touché par un objet spatial soviétique. Au regard du secret qui entoure cet accident, nous ne savons pas si le gouvernement soviétique a accepté de prendre en charge la réparation des dommages causés ou pas. On connaît pourtant la sensibilité du gouvernement japonais au simple dommage créé. Shigeo Iwai, un diplomate japonais au sous-Comité des Nations Unies a effectivement déclaré que l'inquiétude du sous-Comité pour la mise en place des procédures de réparation pour les objets spatiaux était « *more than mere theoretical* »[346].

Ziyuan-2B et Delta II. Deux autres accidents ont impliqué des vies humaines, mais tous deux sont d'une incidence limitée. Le premier concerne les dommages causés à un jeune garçon, Wu Jie, en Chine du fait des restes du satellite chinois Ziyuan-2B en 2002. Ce garçon a été blessé au pied et la tête. Il s'agit donc d'un dommage causé par un satellite chinois à un citoyen du même pays. En l'espèce, le gouvernement local chinois a tout de même pris en charge les frais médicaux[347]. Le deuxième cas concerne un accident similaire aux États-Unis qui a causé des blessures mineures à un citoyen américain[348].

La restitution des débris. La fusée Delta II a aussi été à l'origine d'un autre précédent qui nous intéresse directement. En avril 2000, trois autres débris de la fusée Delta II ont été trouvés

---

[345] Les détails de l'affaire sont rapportés en fonction d'un article du New York Times :
New York Times, 5 juillet 1969, p. 1. Disponible ici :
https://www.nytimes.com/1969/07/05/archives/soviet-space-debris-hits-japanese-ship-injuring-5.html

[346] *Ibid*.

[347] Voy. le rapport de CNN : https://edition.cnn.com/2002/TECH/space/11/08/china.satellite/

[348] Lottie Williams de nationalité américaine. Tranquillement assise dans un parc d'Oklahoma, cette femme a été touchée à l'épaule par une pièce métallique légère. Cette pièce a été confirmée comme appartenant à Delta II, une fusée spatiale lancée par l'armée de l'air américaine. Le dommage n'étant pas significatif, il semblerait qu'il n'y a pas eu de réparation dans ce cas précis. Voy. le site ci-dessous pour davantage d'information :
https://www.wired.com/2009/01/jan-22-1997-heads-up-lottie-its-space-junk/

sur le territoire de l'Afrique du Sud, dans la province du Cap, non loin des habitations. En juin 2021, le département de la Défense américain a demandé la restitution de ces débris auprès du gouvernement sud-africain. Ce dernier a formulé un refus au motif que ces débris étaient retenus à titre « d'indemnité ». En réalité, l'Afrique du Sud avait exposé ces débris au MTN Science Center de Cape Town et a prétendu qu'ils avaient suscité un vif intérêt du public. Il y a là encore un autre exemple de la pratique étatique qui considère l'entrée de ces objets sur son territoire comme un dommage injustifié en soi[349].

Long March 5-Y1. Il s'agit des exemples récents qui montrent l'ampleur possible des dommages spatiaux. Il faut savoir que « Long March 5 » est en réalité un type de lanceur lourd qui recouvre plusieurs modèles. Il est l'élément clé du programme spatial chinois qui était chargé de mettre en orbite le premier module de la future station spatiale chinoise.

Le premier accident est celui du Long March 5B-Y1 qui a été lancé le 5 mai 2000. En l'espèce, le lancement a réussi, mais les dommages ont été causés par une rentrée incontrôlée d'une partie de l'étage principal (« *core stage* ») qui pesait presque 18 tonnes. Il s'agissait du deuxième débris le plus lourd jamais tombé sur Terre[350]. Au départ, on craignait la chute des parties importantes sur le territoire américain. Finalement, il y a eu des rapports selon lesquels les débris sont tombés, non pas aux États-Unis, mais en Côte d'Ivoire. Quelques bâtiments d'un village ont en effet subi des dommages matériels du fait d'objets volants dont l'origine n'a pas été officiellement établie. Cependant, certaines analyses d'experts suggèrent qu'il s'agit bien du Long March 5.[351] La Chine n'a pas reconnu être à l'origine de ces dommages et n'a pas effectué de réparation[352].

Long March 5B-Y2. La fusée avait été lancée le 29 avril 2021 depuis la station spatiale de Tianhe en Chine. Au bout d'une semaine de suspens, l'étage principal du lanceur s'est désintégré au-dessus de l'océan Indien. En l'espèce, l'accident n'a causé aucun dommage, si ce n'est à l'environnement de l'océan Indien qui n'est de toute façon pas réparable, même sous la

---

[349] Les détails factuels de cette affaire ont été rapportés par Marcotti (C.), « Afrique du sud/États-Unis, Différend sur la restitution de débris spatiaux », *RGDIP*, chronique des faits internationaux, vol. 3, Tome CV, 2001, p. 728-730.

[350] Le débris le plus lourd est relatif à la station spatiale Salyut-7 soviétique qui pesait 43 tonnes. Voy. l'article du New York Times :
https://www.nytimes.com/1991/02/07/world/salyut-7-soviet-station-in-space-falls-to-earth-after-9-year-orbit.html

[351] Voy. par exemple l'analyse de J. O'Callaghan sur Forbes :
https://www.forbes.com/sites/jonathanocallaghan/2020/05/12/parts-of-a-chinese-rocket-may-have-fallen-on-an-african-village/?sh=51d7306065a2

[352] *Ibid.*

Convention spatiale de 1972. Malgré les débats doctrinaux[353], à en croire le texte de la Convention spatiale de 1972, les dommages écologiques purs ne sont pas indemnisables selon la Convention[354]. Cette chute incontrôlée figure pourtant parmi les exemples récents qui rappellent le potentiel dévastateur du retour des objets spatiaux[355].

§2 Les accidents nucléaires

Fort heureusement, le domaine nucléaire a connu bien moins d'accidents que les autres activités dangereuses ici examinées. Nous avons déjà évoqué l'accident de Fukushima[356] et vu qu'en l'espèce, l'État japonais a insisté sur la réparation intégrale et qu'il s'est impliqué directement dans la réparation des dommages créés. En dehors de cet accident, deux autres doivent aussi être examinés, à savoir l'accident de Tchernobyl (A.) et celui des îles Palomares (B.).

A. Tchernobyl

L'accident et les dommages créés. L'accident de Tchernobyl est l'un des exemples les plus connus des accidents industriels. Cet accident doit donc être examiné même s'il ne concerne pas, à strictement parler, un exemple de la responsabilité objective. En effet, l'accident a été créé suite à de graves défaillances de l'exploitant. Il existe plusieurs rapports sur les causes de cet accident, mais les plus fiables sont probablement les rapports intitulés INSAG-1 et INSAG-7, rédigés sous les auspices de l'AIEA. Les deux rapports ont souligné les insuffisances dans le site nucléaire. Ces défauts concernent à la fois la conception et l'exploitation du réacteur[357].
Des dizaines de milliers de personnes ont été impliquées dans les mesures de lutte. On estime que ces mesures ont coûté 18 milliards de roubles, l'équivalent de 68 milliards de dollars en 2019[358]. Quant aux dommages, il existe un nombre relativement important de recherches qui

[353] Maisonnave (S.), « Objets et débris spatiaux : responsabilité et rentrée incontrôlée dans l'atmosphère », *op. cit.*, pp. 576-577.
[354] Voy. l'article I-a) de la Convention spatiale de 1972 et *infra* Deuxième Partie, Chapitre 7 sur la notion du dommage.
[355] Voy. une analyse des questions juridiques soulevées par cet accident : Maisonnave (S.), « Objets et débris spatiaux : responsabilité et rentrée incontrôlée dans l'atmosphère », *op. cit.*
[356] Voy. *supra* Chapitre 1.
[357] Voy. INSAG-1, Rapport récapitulatif sur la réunion d'analyse de l'accident de Tchernobyl, STI/PUB/740, Collection INSAG n° 1, STI/PUB/740, 1987 ; The Chernobyl accident: updating of INSAG-1, INSAG-7, a report by the International Nuclear Safety Advisory Group, Safety Series No. 75-INSAG-7, 1992.
[358] voy. Samet (J.), Seo (J.), *The Financial Costs of the Chernobyl Nuclear Power Plant Disaster: A Review of the Literature* (Report), USC Institute on Inequalities in Global Health, 21 April 2016, p. 29, 40.

ont voulu estimer le montant total des dommages subis. Les résultats sont très divergents, mais la plupart se situent entre 235 milliards et environ 400 milliards de dollars[359].

L'inaction de l'Union soviétique. Que ce soit pour la chute de Cosmos ou Tchernobyl, l'Union soviétique a, dans un premier temps, tenté de minimiser les effets de l'accident et de nier toute responsabilité. Il faut savoir que les conséquences de Tchernobyl ne sont pas limitées à l'Union soviétique et se sont étendues jusqu'en Norvège[360]. Cependant, il est remarquable de voir que les nombreux États touchés n'ont, à notre connaissance, même pas cherché à obtenir de réparation de la part de l'Union soviétique. Faut-il y voir une preuve négative quant à l'admission de la responsabilité transfrontalière ? Nous pensons que cette pratique montre avant tout le réalisme des États concernés qui pensaient ne pas pouvoir obtenir de réparation de la part des Soviétiques. Le gouvernement soviétique quant à lui a considéré cet événement avant tout comme une question de sécurité nationale. De ce fait, il a maintenu une posture de déni, pour ne pas perdre la face dans un contexte de guerre froide. Cet accident peut être mis en lien avec un autre, plus proche de la responsabilité objective et provenant d'une autre superpuissance de l'époque.

B. Îles Palomares

Les faits. Ce cas trouve son origine dans une collision entre deux avions militaires américains lors d'une opération de ravitaillement. Il s'agissait d'un bombardier nucléaire B-52G et d'un avion-citerne KC-135 de l'armée de l'air américaine. Les raisons exactes de l'accident ne sont pas connues, mais à la suite d'une défaillance technique, quatre bombes à hydrogène au plutonium-uranium sont tombées sur le territoire espagnol. Il est plus aisé de comprendre la crainte créée par cet accident si on se rappelle qu'il s'agissait des bombes de 1,5 mégatonne avec une puissance de destruction estimée à 75 fois celle de la bombe lâchée sur Hiroshima.

Trois des quatre bombes ont touché le sol, fort heureusement sans exploser. Parmi elles, l'une est restée intacte et deux se sont désintégrées en répandant de grandes quantités d'uranium à proximité du village de Palomares. La quatrième bombe est tombée dans la mer Méditerranée sans qu'on soit arrivé à déterminer son emplacement.

Au regard des difficultés techniques de la question, les États-Unis se sont chargés de l'essentiel des opérations de récupération. Après deux mois de recherches, les sous-marins ont réussi à localiser la bombe tombée dans la Méditerranée, avant de la perdre de nouveau pendant

[359] Pour voir les différentes estimations et les chiffres exacts voy. *ibid.*, pp. 23-30.
[360] Voy. *ibid.* pour une présentation des mesures prises et leur coût dans les pays voisins.

10 jours. Après environ 80 jours de recherches acharnées, la bombe a finalement pu être retrouvée puis récupérée.

Pour les bombes tombées sur le sol, les choses n'ont pas été plus simples. Après les opérations de détection d'uranium, l'État américain a retiré puis enfoui sur son territoire 1750 tonnes de terres polluées. Nous n'avons pas connaissance des montants exacts qu'ont coûtés les opérations, mais leur envergure ne laisse pas de doute quant à leur importance. En revanche, aucune procédure judiciaire n'a été intentée et aucun montant n'a été payé au titre de réparation.

La qualification juridique des actes entrepris. Deux questions peuvent se poser face à cette situation. Premièrement, est-ce qu'il s'agit vraiment d'un exemple de la responsabilité étatique ? Rien n'empêche que les États reconnaissent leur responsabilité et effectuent des réparations en dehors de toute procédure judiciaire. Encore faut-il qu'on puisse qualifier les mesures entreprises comme une forme de réparation. En l'espèce, une lecture restrictive de la notion de la responsabilité aboutirait à exclure cet exemple du champ de la responsabilité. Cette lecture échoue pourtant à expliquer sur quelle base les États-Unis ont pris en charge des opérations si lourdes et si coûteuses. Selon nous, les mesures entreprises par les États-Unis peuvent être qualifiées de restitutions et donc d'une forme de réparation[361]. Cependant, le silence américain est peut-être dû à une volonté de ne pas créer de précédent. De ce fait, la (non) qualification de leurs actes ne modifie en rien la nature des mesures prises, mais met en doute leur *opinio juris*.

Le fondement de la responsabilité. Même si on retient la qualification de la responsabilité, il n'est toujours pas certain que cet exemple relève de la responsabilité objective. Il peut toujours être prétendu que les Américains ont commis un fait illicite. Effectivement, une partie de la doctrine y voit un cas certain de négligence grave de la part des États-Unis[362]. L'opération de ravitaillement est une opération toujours dangereuse qui ne devrait pas se faire aussi près des côtes. En réalité, la question n'est pas si simple : en effet, aucune règle de droit international n'interdit le ravitaillement aérien même en ce qui concerne les bombardiers nucléaires. En outre, le fait illicite de l'État ne se présume pas et la simple proximité avec les côtes ne démontre rien en soi. Ceci d'autant plus qu'avec des bombes aussi puissantes, à proximité ou non des côtes, les conséquences auraient été tout simplement catastrophiques.

---

[361] Voy. l'article 35 des Articles de 2001 et les commentaires y relatifs.

[362] Voy. à titre d'exemple Nègre (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement,* thèse de doctorat soutenue en 2003 à l'Université Paris-Nanterre, pp. 193-194.

En l'absence de fait illicite clairement identifié, seul l'examen technique de l'opération de ravitaillement aurait permis de déceler d'éventuelles négligences qui, il est vrai, sont tout à fait probables, mais aucunement prouvées. C'est là tout l'intérêt de cet exemple. Il fait penser à l'affaire *Williams v United States* qu'avait apportée Goldie à l'appui de sa thèse[363]. Dans cette affaire la Cour d'appel du cinquième Circuit des États-Unis a énoncé qu'au moment de la saisine, la connaissance technique relative aux avions à réaction ne permettait pas d'établir la négligence sur la base des preuves apportées. Il s'agissait en l'espèce d'un avion à réaction B-47 Strato, appartenant à l'armée de l'air américaine, qui avait pris feu et s'est explosé le 22 juillet 1952 sur la ville de Marianna en Floride. En touchant le sol, le débris en feu avait causé des dommages aux requérants, personnes privées. Dans cette affaire, le conseil pour le gouvernement avait défendu l'existence des fonctions discrétionnaires (« *discretionary functions* ») au sens de l'article 28 U.S.C. § 2680(a). En supposant que la sécurité nationale pouvait être mise en danger, aucun témoin n'a été appelé à la barre de la part du gouvernement. Cet exemple montre assez bien la difficulté d'apporter la preuve de la négligence dans certains cas de figure.

Dans *Williams v. United States,* il s'agissait d'un bombardier classique avec des armes conventionnelles. Même pour ces armes conventionnelles, le gouvernement américain avait refusé de débattre les détails techniques au tribunal. Il semble alors certain qu'il aurait *a fortiori* refusé de donner le moindre indice sur des bombardiers en question qui constituaient, à leur époque, des engins les plus modernes et les plus destructeurs du monde.

Dans l'exemple des îles Palomares, parmi tant d'autres, de deux choses l'une : soit, il faut retenir une lecture restrictive du droit positif en imposant la totalité des dommages causés ou des mesures de lutte à l'État victime et innocent. Soit, au contraire, l'État auteur devrait être à minimum responsable pour les dommages qu'il a causés. Dans cet exemple, les États-Unis n'ont payé aucune somme en réparation, mais ils ont pris en charge l'essentiel des opérations de récupération et ont accepté d'enfouir des centaines de tonnes de terres polluées dans leur propre territoire[364]. Cet exemple montre *a minima* que les États, aussi méfiants soient-ils à l'égard d'un principe général de responsabilité, ne sont pas vraiment indifférents aux dommages qu'ils pourraient causer à l'étranger.

---

[363] *Williams v. United States*, 5th Cir, 1955, 218 F. 2 d 473 F.

[364] L'on comprend mieux l'importance de ces mesures quand on se souvient de la tendance générale du gouvernement américain de l'époque. Cette réaction est en réalité non seulement très rare, mais aussi tout sauf anodine.

§3 La pollution du fait des hydrocarbures

Au contraire des deux dernières catégories, il existe un nombre assez important d'accidents impliquant les hydrocarbures. Ces accidents ont été et sont toujours relativement fréquents, en tout cas par rapport à d'autres catégories similaires. Parmi des dizaines d'exemples en la matière, nous allons en relever quelques-uns pour offrir un aperçu de la pratique et de l'*opinio juris* étatique. Nous allons examiner les accidents liés à la raffinerie de Cherry Point (A.) et aux pétroliers Juliana (B.) et Showa Maru (C.).

A. Cherry Point

Les faits. Il s'agit d'un autre exemple qui démontre la position canadienne en faveur d'une règle positive du droit international général. Un déversement accidentel de 45 000 litres de pétrole brut s'est produit au cours du déchargement d'une cargaison. Le tanker libérien World Bond était alors accosté dans la raffinerie de Cherry Point quand l'accident s'est produit. Celui-ci s'étant produit dans l'État de Washington, les effets se sont rapidement fait ressentir de l'autre côté de la frontière, notamment sur les plages de la Colombie britannique. Au bout du compte, c'était l'Atlantic Richfield Corporation, l'exploitant privé de la raffinerie qui a pris en charge les frais de nettoyage engagés par le Canada[365].

L'incidence sur le sujet. Même les opposants[366] à la responsabilité objective acceptent que la position canadienne était en faveur du principe. En effet, dans sa position officielle, le ministère canadien des Affaires étrangères met l'accent sur le dommage et non pas sur l'existence d'un fait illicite[367]. Cette position est suffisamment importante pour être rapportée en entier :

> « *We are especially concerned to ensure observance of the principle established in the 1938 Trail smelter arbitration between Canada and the United States. This has established that one country may not permit the use of its territory in such a manner as to cause injury to the territory of another and shall be responsible to pay compensation for any injury so suffered. Canada accepted this responsibility in the Trail smelter case and we would expect that the same principle would be implemented in the present situation.* Indeed, this principle has already received acceptance by a considerable number of states *and hopefully it will be adopted at the Stockholm conference as a fundamental rule of international environmental law*. »[368]

---

[365] Les faits de l'espèce sont rapportés dans plusieurs sources doctrinales. Voy. par exemple Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op.cit.*, pp. 275-278 *;* l'Étude de 1995, *op. cit.*, p. 102.

[366] Voy. à titre d'exemple Nègre (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement, op. cit.*, p. 196.

[367] Voy. l'Étude de 1995, pp. 96, 102 et 114.

[368] Statement by Secretary of State for External Affairs in the House of Commons Debate, 8 June 1972 at 2955, cité *in Annuaire canadien de droit international*, vol. 11, 1973, p. 334. Italiques ajoutés.

L'affaire *Fonderie de Trail* sera examinée dans le chapitre suivant, mais, en attendant, il suffit de mentionner que le contenu de la décision était conforme à la position canadienne de l'espèce (même si dans *Fonderie de Trail* le Canada était le défendeur et non pas le demandeur). Il s'agit donc d'un principe formulé de manière assez proche au principe de prévention, mais qui n'exige pas le fait illicite. Il est aussi intéressant de remarquer que le Canada est d'avis qu'un « nombre considérable d'États » défendent ce principe.

B. Le pétrolier Juliana

En 1971, le pétrolier libérien Juliana a subi un accident à proximité des côtes japonaises. Cet accident a causé une pollution massive des côtes et de la mer. L'intérêt de l'affaire réside dans le fait que ce n'est pas l'exploitant privé, mais l'État de pavillon qui a accepté de réparer les dommages subis (200 millions yens). Ceci est d'autant plus intéressant que cette réparation a apparemment été accordée sans référence à un fait illicite quelconque[369].

C. Le navire Showa Maru

L'intervention directe de l'État. En 1975, l'Asie du Sud-est a témoigné une autre pollution pétrolière d'envergure. Le navire japonais Showa Maru a été victime d'un accident dans le détroit de Malacca. Ce détroit est un long couloir maritime situé entre la Malaisie, l'Indonésie et Singapour. Cet accident a donc causé des dommages importants à ces trois États. Ceux-ci ont demandé 28 millions de dollars américains pour les frais de nettoyage et d'assainissement (*clean-up costs*). Le Japon a réparé partiellement ces dommages, mais le montant exact des réparations n'est pas connu. Le Japon a aussi aidé dans la mise en place des dispositifs de sécurité pour éviter des dommages futurs dans le détroit de Singapour[370]. Encore une fois, cette affaire est intéressante au regard de la participation de l'État japonais dans la réparation et les mesures préventives.

Des motifs extrajuridiques. Comme beaucoup d'autres exemples de dommages transfrontières, cette implication étatique a des motifs extrajuridiques. Dans les années 1970, le détroit de Malacca a été la scène de plusieurs accidents maritimes. Il était connu comme « l'artère jugulaire » du Japon, car une grande partie de l'approvisionnement japonais en pétrole

---

[369] L'Étude de 2004. Voy. aussi Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 58 ; Nègre (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement, op. cit.*, p. 207 ; *Rapport du groupe de travail de la CDI*, 1996, p. 125, § 22.

[370] Horbach (L.J.T.), *Liability versus Responsibility in International Law*, thèse de doctorat, Amsterdam, 1996, p. 227. Cité par Barboza, *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 58.

passait par lui[371]. En même temps, la configuration géographique du Détroit faisait peser une menace importante sur les États riverains. La Malaisie avait menacé, déjà en 1972, de fermer l'accès aux pétroliers géants. Elle avait demandé que ces navires contournent par le détroit de Lombok, ce qui aurait allongé leur voyage de trois jours. Il faut ajouter à ces menaces le choc pétrolier de 1973 (qui était empiré en 1979), pour comprendre la situation dans laquelle se trouvait le Japon. Dans ces circonstances, il était prêt à s'impliquer directement et frontalement pour éviter tout risque à son énorme approvisionnement en pétrole.

§4 D'autres accidents industriels

Un domaine d'application très large. Les exemples susmentionnés ne recouvrent qu'une partie des accidents industriels qui peuvent être régis par la responsabilité objective. En réalité, la responsabilité objective peut avoir vocation à s'appliquer dans tous les domaines industriels. L'objectif n'est bien entendu pas d'effectuer un recensement exhaustif de tous les accidents industriels dans lesquels on avait affaire à la responsabilité objective[372]. Il convient pourtant d'apporter quelques exemples pour démontrer la pertinence du concept dans un cadre plus large que celui des domaines traditionnellement régis par le droit conventionnel. Dans cette perspective, deux exemples seront donnés pour les activités industrielles militaires (A.) et civiles (B.).

A. La fabrique de munitions à Arcisate

Le principe de bon voisinage. Cet exemple concerne une fabrique de munitions italienne située à Arcisate (proche de la frontière suisse) qui avait explosé en 1948[373]. Le gouvernement suisse a demandé réparation au gouvernement italien et c'est le fondement de cette demande qui est intéressant : la Suisse se base sur le principe de bon voisinage et désigne l'Italie comme responsable « car elle avait toléré l'existence d'une fabrique d'explosifs, avec les risques que cela comportait, au voisinage immédiat d'une frontière internationale. »[374] Malheureusement,

[371] Les informations factuelles de ce paragraphe sont notamment tirées d'un article du Monde en 1975 : https://www.lemonde.fr/archives/article/1975/01/09/apres-la-maree-noire-de-singapour-les-japonais-craignent-que-le-detroit-de-malacca-ne-soit-ferme-aux-petroliers-geants_3104520_1819218.html
[372] Pour voir un recensement des pires accidents industriels ayant causés des dommages environnementaux voy. le site du « Council on Foreign Relations » : https://www.cfr.org/timeline/ecological-disasters
[373] Cet exemple est apporté dans le rapport du Groupe de travail de la CDI mis en place en 1996, *op. cit.,* p. 125.
[374] *Ibid.*

nous n'avons pas pu trouver la suite donnée par le gouvernement italien à cette demande. La déclaration suisse est pourtant intéressante en soi. Il s'agit d'un exemple éloquent d'une responsabilité étatique pour risque. Dans sa position officielle, la Suisse ne conditionne pas la réparation à une faute quelconque, mais plutôt au simple fait de tolérer une activité dangereuse dans une zone frontalière. Cet exemple est aussi intéressant en ce qu'il rappelle que les dommages transfrontières ne sont pas limités aux opérateurs privés, mais aussi publics, notamment en matière militaire.

B. L'accident chimique de Sandoz

La responsabilité complémentaire étatique. Un autre exemple bien connu de l'application de la responsabilité objective concerne l'accident chimique de Sandoz[375]. L'intérêt premier de cette affaire réside dans le fait qu'il concerne un véritable exemple de responsabilité interétatique, même si l'entreprise en question était exploitée par une société privée. Sandoz était une multinationale suisse basée à Bâle. Son successeur, Novartis, est l'une des plus grandes entreprises pharmaceutiques dans le monde.

Le premier novembre 1986, un entrepôt de stockage de l'entreprise a pris feu. À la suite à cet incendie, plus de mille tonnes de substances chimiques toxiques ont été déversées dans le Rhin. Ces substances ont causé des dommages considérables dans les États voisins (l'Allemagne et la France) ainsi qu'aux Pays-Bas. Ces États avaient demandé 100 millions de francs en indemnisation pour les dommages subis. Dans un premier temps, la Suisse a rejeté sa responsabilité en renvoyant les États intéressés à l'assurance de l'entreprise chimique. Le fait le plus intéressant de l'espèce réside dans le fait qu'elle a finalement abandonné cette position et a accepté de participer à la réparation, en complément de l'entreprise privée. Cette réparation n'a pourtant pas été faite selon une procédure judiciaire, mais par le biais d'un accord à l'amiable. Un autre fait concernant cet accident mérite l'attention. Il est possible que cet accident ait été causé par une négligence humaine. En revanche, l'entrepôt ayant brûlé, la cause exacte de l'accident n'a jamais été établie. Bien entendu, des faits similaires, détruisant tout moyen de preuve possible, sont tout à fait envisageables dans d'autres domaines industriels.

Ayant examiné les différents accidents industriels, il convient d'examiner un autre champ d'application de la responsabilité objective, à savoir les projets de construction transfrontaliers.

---

[375] Cet exemple est rapporté dans plusieurs sources doctrinales. Voy. par exemple Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.*, pp. 278-280. Les faits sont rapportés en fonction de cette source.

§5 Les projets de construction transfrontaliers

Parmi les précédents qui portent sur les dommages transfrontières, on peut aussi envisager une catégorie distincte qui porte sur les projets de construction transfrontières. En effet, ces projets sont potentiellement dangereux pour les États voisins. Ce danger existe à la fois dans la phase de production et de l'exploitation de l'activité en question. Parmi de nombreux exemples, deux en particulier sont très parlants quant aux inquiétudes des États en aval. Il s'agit de la construction d'une route à la frontière américaine (A.) et de la construction du barrage Imperial Dam sur le fleuve Colorado (B.).

A. La construction d'une route à la frontière américaine

Une précaution basée sur le seul dommage. Un autre exemple des positions étatiques concerne la construction d'une route sur le territoire mexicain, à proximité de la frontière américaine. Même si le Mexique avait accepté d'effectuer des modifications techniques à son projet initial pour alléger les craintes américaines, les États-Unis ont fait part de leur inquiétude. Ces derniers se sont réservé le droit d'agir contre le Mexique au cas où un dommage se produirait à la suite de la construction de cette route[376]. Voici la position de l'ambassadeur américain au Mexique :

> « Compte tenu de ce qui précède, j'ai reçu pour instruction de réserver tous les droits que les États-Unis peuvent avoir en vertu du droit international *au cas où la construction de la route entraînerait des dommages* aux États-Unis. »[377]

La CDI rapporte des positions similaires dans l'affaire du *Canal de Rosé Street* (entre États-Unis et Mexique) et pour les essais nucléaires américains à Amchitka (entre les États-Unis et le Canada)[378]. Dans les deux cas, les États potentiellement victimes se sont réservés le droit d'agir contre l'État d'origine. Les essais nucléaires en particulier doivent être relevés comme activité mettant en question l'État agissant *jure imperii*. On voit bien qu'ici les États se basent sur la possibilité de création d'un dommage transfrontière et non pas sur la violation d'une norme primaire en tant que telle.

B. Le fleuve Colorado

Une ressource transfrontalière. Ce précédent concerne l'utilisation de la rivière Colorado qui prend sa source dans le territoire américain et qui traverse le Mexique pour se jeter dans le golfe

---

[376] Exemple apporté par la CDI, Rapport du Groupe de travail de 1996, p. 125, § 27.
[377] Cité par la CDI, *ibid.* Italiques ajoutés.
[378] *Ibid.*

de Californie[379]. Le problème concerne plus exactement la construction, en 1961, par le gouvernement américain d'Imperial Dam. Ce barrage avait augmenté le niveau de salinité de la rivière Colorado qui irrigue la vallée Mexicali. Il s'en est suivi de nombreux dommages matériels pour les riverains mexicains.

Le doute quant au fondement des réclamations. Le gouvernement mexicain s'est plaint auprès du gouvernement américain en indiquant que la construction de ce barrage était une violation d'un Traité bilatéral de 1944[380] qui régit les obligations juridiques des deux États concernant plusieurs rivières transfrontières. En effet, selon ce Traité :

> « *each government declares its intention to operate its storage dams in such manner, consistent with the normal operations of its hydraulic systems, as to avoid as far as feasible material damage in the territory of the other* »

Cependant la formulation de cette disposition est telle qu'elle ne permet pas de décider avec certitude si la construction du barrage était une violation du Traité ou non. Premièrement, le dommage en question n'est pas défini. Deuxièmement, le Traité exige d'éviter un dommage « *as far as feasible* ».

Dans ses échanges, le Mexique avait aussi adopté une position plus intéressante pour le sujet qui nous préoccupe. Selon lui :

> « *any contamination of international water by one of the riparian partners that causes damage or loss to the other riparian party* is in itself *an act clearly and specifically condemned by international law »*[381]

Au premier abord, la position mexicaine apparaît comme un rappel de l'obligation de prévention. Cependant, l'interprétation de ce fait illicite est intéressante, car selon elle, tout dommage causé par ce barrage serait « *in itself* » une violation du droit international. On peut se demander quelle norme aurait été violée spécifiquement, comme le prétend le Mexique.

Les États-Unis quant à eux se sont basés sur le Traité de 1944. Selon eux, le Traité est silencieux sur la qualité de l'eau et mentionne uniquement la quantité d'eau que le Mexique doit recevoir. Dans tous les cas, les échanges des deux États[382] ne se focalisent pas sur le fondement de la

---

[379] Plusieurs sources doctrinales ont rapporté ce précédent. Voy. notamment Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, pp. 57-58 ; Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, pp. 272-275.

[380] United States-Mexico Treaty for Utilization of Waters of Colorado and Tijuana Rivers and of the Rio Grande (Rio Bravo) for Fort Quiitman (Texas) to the Gulf of Mexico.
Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 57.

[381] Note from the Embassy of Mexico, No. 4012, 9 novembre 1961, cite *in* Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 57. Italiques ajoutés.

[382] Ces échanges se sont effectués dans le cadre d'un organe diplomatique bilatéral : The USA- Mexican International Boundary Waters Commission.

responsabilité. Cependant, l'existence d'une obligation clairement définie pourrait être mise en question.

À la suite de plusieurs années de discussion, les deux États sont parvenus à un accord en 1972 qui a prévu aussi des normes de qualité quant à l'eau que devait recevoir le Mexique. Il s'agit donc d'un engagement assumé par le gouvernement américain afin d'éviter un dommage transfrontière au Mexique. Les États-Unis ont consenti à effectuer un pompage sélectif des puits de drainage afin de volontairement réduire le problème de salinité[383]. Ils ont aussi construit une usine de dessalement pour améliorer la situation de l'autre côté de la frontière. L'ensemble de ces mesures aurait coûté 150 millions de dollars[384]. Ce montant est l'équivalent d'environ 1 milliard 300 millions de dollars en 2024.

Une mesure préventive. Nous sommes de nouveau face au même problème. Il n'est pas sûr que les actions entreprises par les États-Unis constituent une véritable réparation. Ces mesures ressemblent davantage à une mesure préventive, mais qui a été justifiée par les dommages passés. Malgré cela, elles montrent toujours que les États ne sont pas indifférents aux dommages transfrontières même en absence de certitude sur l'existence d'un fait illicite. En l'espèce, et malgré les prétentions mexicaines, il n'y a pas de certitude que la construction du barrage du côté américain a causé une violation spécifique du droit international, à moins d'établir une équivalence, encore une fois, entre le dommage transfrontière et le fait illicite.

Une mesure politique. La réaction américaine est aussi intéressante sur un autre plan. Tout au long de cette étude, nous verrons des exemples de la position américaine quant aux dommages transfrontières. Pour ce cas précis, comme pour les autres, la réaction américaine est surtout motivée par des raisons politiques. Tantôt généreux, tantôt indifférents, les Américains agissent en fonction du contexte politique, notamment de l'importance géopolitique de l'État d'origine. Ils se sont aussi montrés assez sceptiques envers des structures multilatérales. Que ce soit pour leurs différends avec le Mexique ou le Canada, ils ont privilégié les négociations bilatérales. Dans ce cas précis par exemple, les négociations ont été menées dans le cadre de l'« *USA-Mexican International Boundary Waters Commission* » (IBWC). Cet organe est créé en application du Traité de 1889 entre les États-Unis et le Mexique pour surveiller l'application des traités bilatéraux relatifs aux ressources d'eau partagées entre les deux États. Il existe des mécanismes similaires pour organiser les coopérations avec le Canada[385].

---

[383] Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law, op. cit*., p. 273.
[384] *Ibid.*
[385] Voy. notamment le « International Joint Commission » avec le Canada : https://www.ijc.org/en

Ces mécanismes nous semblent très pertinents en ce qu'ils se sont révélés particulièrement efficaces. Quand il s'agit des dommages transfrontières, les États craignent toujours les conséquences des normes générales et universelles. Il n'empêche qu'ils sont tout à fait conscients que le pollueur d'aujourd'hui est la victime de demain. Cela étant, la souplesse des mécanismes bilatéraux ou régionaux semble être un atout majeur qui ne devrait pas être négligé.

Conclusion de la Section 1

L'existence d'une obligation. La lecture attentive des exemples susmentionnés révèle qu'il existe une véritable obligation de réparation en présence des activités dangereuses. Dans la grande majorité des cas, les États, ou l'exploitant privé, ou les deux, ont tenu à réparer les dommages causés. Ces réparations sont très politiquement motivées, souvent partielles, mais en tout cas réelles. L'*opinio juris* des États quant à elle est visible dans leurs actes et leurs positions officielles. Les États victimes ont souvent rappelé l'obligation de réparer ces dommages dans leurs déclarations au sujet des accidents transfrontières. Ils se sont basés sur les droits conventionnels et les diverses déclarations onusiennes qui vont dans ce sens (notamment la Déclaration de Rio et de Stockholm). Les États auteurs de dommages n'ont souvent pas reconnu leur responsabilité expressément. En revanche, dans les faits, ils ont tenu à réagir et à réparer les dommages subis, même si ces réparations étaient souvent partielles. En outre, dans la plupart des exemples que nous avons examinés les États n'ont pas qualifié les réparations d'*ex gratia*, ce qui aurait rendu impossible la déduction d'une norme coutumière. Dans la Section suivante nous verrons que lorsque les États ne veulent pas créer de précédent, ils précisent qu'il s'agit des mesures *ex gratia*. En l'absence d'une telle précision, les actes révèlent la croyance d'une obligation juridique.

Le destinataire de cette obligation. La question la plus difficile n'est pas la nécessité de réparation, mais son destinataire. Dans le Chapitre 4 nous verrons que la CDI distingue entre deux coutumes relatives à la réparation. Selon elle, il n'existe certainement pas de coutume prévoyant une responsabilité étatique. En revanche, il existe une coutume qui oblige les États à prévoir la responsabilité objective des exploitants privés dans les droits internes[386].

Cette distinction nous semble en grande partie artificielle. Nous avons déjà expliqué que, dans le sujet qui nous préoccupe, la distinction entre les responsabilités civile et étatique était à la fois artificielle et subsidiaire[387]. La position de la CDI échoue à envisager une situation où l'État est lui-même l'exploitant de l'activité dangereuse. Elle néglige aussi l'importance primordiale de certaines activités, *a priori* ne relevant pas de *jure imperii*, pour les États souverains[388]. De ce fait, la position de la CDI nous semble une interprétation erronée de la pratique étatique. En

[386] Voy. *infra* Chapitre 4.
[387] Voy. Chapitre 1, Section 2.
[388] Voy. par exemple *supra* le pétrolier Juliana et le navire Showa Maru. Il en est de même pour la participation de la Suisse aux dommages créés par l'accident Sandoz. Cette participation se justifie aussi par l'importance stratégique de l'industrie pharmaceutique pour l'économie suisse. Ce raisonnement est aussi valable pour le secteur énergétique, notamment l'industrie nucléaire.

réalité, la pratique prévoit la nécessité de réparer les dommages dus aux activités dangereuses. Cette pratique ne nous permet tout simplement pas de départager les responsabilités entre l'État et l'exploitant privé, s'il y en a. D'ailleurs il convient de souligner que la CDI n'a jamais vraiment expliqué le fondement de la coutume dont elle défend l'existence ; celle-ci aurait exigé un examen complet des droits internes qui n'a jamais été effectué de manière complète et satisfaisante[389].

En résumé, le droit positif nous permet d'affirmer l'existence d'une norme primaire de réparation dans les cas où le dommage transfrontière est causé par une activité dangereuse. Il ne nous permet cependant pas de déterminer, avec certitude, le destinataire de cette obligation. Certes, la plupart du temps, il s'agit de la personne en charge de l'activité dangereuse. La question de l'intervention subsidiaire étatique ne se pose donc que si l'État n'est pas l'exploitant lui-même. Même dans ce cas, la responsabilité première revient à l'exploitant privé et le rôle de l'État ne serait qu'un dernier recours. En effet, les activités dont il est question sont entreprises sous la juridiction de l'État concerné, qui profite de leurs retombées positives (économiques ou autres). Par conséquent, les États tendent à réparer ces dommages, même quand ils sont causés par les exploitants privés, au moins dans les cas où le secteur d'activité en question relève d'une importance stratégique pour eux.[390] Cela dit, les pratiques étatiques ne sont pas suffisamment nombreuses et homogènes pour permettre une conclusion définitive dans ce cas de figure précis. Il existe une tendance et un bon argument (la contrepartie de souveraineté) pour reconnaître une telle obligation « indirecte », mais en l'état actuel elle ne peut pas être défendue de manière définitive. On peut dire au mieux qu'elle est souhaitable et compatible avec les prérogatives exclusives de la souveraineté.

[389] Il existe certaines études entreprises par le Secrétariat des Nations Unies sur les droits internes. Ces études ne sont pourtant pas complètes. Elles présentent des exemples de l'admission de la responsabilité objective dans les droits internes, mais ces exemples ne sont pas suffisamment nombreux et détaillés pour prétendre à une règle coutumière. D'ailleurs, au regard de la manière dont ils sont présentés, ils se rapprochent davantage d'un PGD et que d'une règle coutumière.

[390] Voy. *supra* l'exemple de l'accident de *Sandoz*.

Section 2 : La réparation en cas de contingence des normes primaires

L'insuffisance de la responsabilité classique. Traditionnellement, en droit de la responsabilité, on fait une distinction entre les normes primaires et secondaires[391]. Cette séparation a permis de distinguer aussi entre la responsabilité objective et classique. La responsabilité classique se concentre uniquement sur les normes secondaires, c'est-à-dire les conséquences de violation des normes primaires. Elle est donc construite sur une base qu'elle n'examine même pas. La clarté, la pertinence et surtout la justesse de cette norme pour les victimes innocentes ne sont même pas un sujet d'étude de la responsabilité classique. La responsabilité objective pourrait répondre à cette difficulté en faisant le lien entre ces normes primaires et le droit de la responsabilité. Partant, dans la présente section, nous essaierons de démontrer en quoi le droit de la responsabilité classique ne permet pas de protéger suffisamment les victimes innocentes. Elle échoue notamment face à certains dommages « tolérés » par le droit international.

Une proposition influencée par les théories critiques. La contingence des normes primaires a déjà été soulignée dans la doctrine internationaliste[392]. Cette étude n'est donc pas la première à remarquer cette contingence. En réalité, ce phénomène est bien connu des spécialistes du droit international. Néanmoins, à notre connaissance, aucun autre travail doctrinal sur ce sujet n'a fait usage de ce concept de manière similaire. Présentée comme on le verra, cette catégorie constitue en réalité une proposition personnelle visant à aborder un problème précis en droit international. Cette idée est bien sûr influencée par le concept de l'indétermination du droit international (*indeterminacy of international law*) si cher aux théories critiques[393]. Elle est aussi influencée par de nombreux échanges de l'auteur à propos de son sujet de thèse, notamment au cours de ses séjours de recherches[394]. Très souvent dans ses présentations, il y avait des

---

[391] Voy. *supra* l'Introduction de la thèse.

[392] Voy. par exemple, Dupuy (P-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public,* 17e éd., 2024, p. 548.

[393] Il est inutile de présenter *une* définition ou *une* source pour présenter ce concept. Il s'agit d'un concept sous-jacent dans de nombreux recherches critiques sur le droit international. Néanmoins, c'est Martti Koskenniemi qui en a présenté l'exposé la plus magistrale. Même si le concept est présent dans un grand nombre, sinon tous les travaux de l'auteur, *From Apology to Utopia* est l'œuvre qui pose ses fondements de manière la plus profonde. Voy. Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, CUP, 3e éd., 2009. Pour une autre présentation du concept voy. Miles (C.), « The Indeterminacy » *in* D'Aspremont (J.), Sing (S.) (ed.), *Concepts for International Law*, Elgar, 2019.

[394] Nous tenons à remercier le Professeur Koskenniemi pour nos échanges si riches sur le sujet. Pendant notre séjour de recherche à Helsinki, nous n'avions pas adhéré que partiellement à sa vision de l'indétermination. Nos échanges ont pourtant été très fructueux, car justement, ils nous ont permis de mettre en doute certains *a priori* et certaines idées que nous avions prises pour acquises.

questions sur le lien entre la responsabilité objective et les normes primaires. Au départ, notre position était d'écarter ce débat dès l'origine. La problématique semblait évidente. En cas de violation des normes primaires, la responsabilité objective n'avait tout simplement pas lieu d'être. Or, en approfondissant le sujet, on s'est aperçu que la réalité des rapports juridiques est plus complexe que ce choix binaire.

Les normes contingentes. Il existe, selon nous, deux catégories de normes primaires contingentes. La première concerne des normes dont l'existence même ne fait aucun doute, mais dont un élément rend très difficile la détermination de leur contenu exact. On peut inclure dans cette catégorie, par exemple, toutes les normes primaires qui autorisent un comportement à condition qu'il soit proportionnel ou équitable. L'exemple parfait est le principe de proportionnalité en droit international humanitaire[395]. Bien que l'existence même de ce principe ne soit guère contestée, son application concrète dépend indéniablement d'une analyse subjective. Dans le cas du principe de proportionnalité, l'incertitude quant à la détermination de son contenu exact s'accompagne de critiques manifestes concernant la difficulté de son interprétation et le respect des droits fondamentaux des victimes collatérales. Dans cet exemple, on se trouve parfois face à des situations où l'illicéité de l'atteinte aux civils n'est pas établie, et la théorie classique ne permet donc pas de réparer les dommages qu'ils ont subis.

La deuxième catégorie de normes primaires contingentes concerne celles dont l'existence même est incertaine. Ici le problème central n'est pas le contenu de la norme, mais son existence. Cela est vrai, par exemple, pour l'autorisation des essais nucléaires[396] ou la liberté des États d'exploiter les ressources naturelles partagées situées, en partie, sous leur juridiction[397]. Dans les deux cas, les activités étatiques sont susceptibles de causer des dommages importants sans qu'il soit forcément possible d'établir l'existence d'un fait illicite à l'origine de ces dommages. Nous verrons que, dans ces deux catégories, des éléments externes et internes (par rapport au fait illicite) peuvent renforcer l'incertitude inhérente à ces normes. Nous expliquerons aussi que cette incertitude se limite à certaines normes du droit international et n'entache pas ce droit tout en entier.

---

[395] Voy. *infra* §2.

[396] Voy. *infra* §1.

[397] En effet, il existe un sérieux doute sur la licéité de l'exploitation unilatérale de ces ressources. Dans un article publié en 2024, nous avons conclu en l'autorisation d'une exploitation unilatérale à condition qu'elle soit « équitable ». Nous avons aussi conclu à l'existence d'une obligation objective (sans fait illicite) de réparation si cette exploitation cause des dommages aux États voisins. Voy. Sharifi Rayeni (A.), « L'équité et l'exploitation des ressources d'hydrocarbures partagées dans le golfe persique », *AFRI*, vol. XXV, 2024, pp. 751-764.

Pourquoi contingente ? Le choix du terme contingent tient pourtant à deux raisons. Premièrement, il fait référence à l'indétermination inhérente à ces règles dont la valeur juridique, le contenu et/ou la portée exacte sont incertains et font l'objet de débats au sein d'une partie de la doctrine et des États. Cette incertitude est elle-même liée aux difficultés politico-juridiques qui seront expliquées grâce aux exemples qui vont suivre. Deuxièmement, le choix de la contingence est lié à une certaine vision du droit international proposée par les théories critiques. Un certain nombre d'auteurs critiques soutiennent l'indétermination du droit international, ce qui permettrait à divers mouvements juridiques de percevoir des réalités différentes à partir d'une même norme[398]. Ce choix place donc cette proposition dans une école de pensée plus large, aux fondements de laquelle on n'adhère que partiellement. Cette école offre, quant à elle, une multitude de critiques face à l'état actuel du droit international. Ces critiques nous offrent un fondement doctrinal conséquent qui renforcerait notre position. Il convient néanmoins de rappeler que la notion de contingence peut être interprétée de différentes manières et que notre perspective, influencée par les théories critiques, diffère de celle d'autres auteurs qui l'ont défendue avant nous. Nous mettons, en effet, l'accent sur les normes primaires et la contingence dans son sens le plus immédiat, alors que pour d'autres, elle peut revêtir une dimension ontologique, voire un mélange des deux (à la fois littérale et ontologique)[399].

Nous verrons que la « contingence » est un concept assez large qui peut avoir rapport aux faits de l'espèce, à la qualité du juge et aux sources du droit qui s'appliquent au litige. La contingence liée à chacun de ces concepts démontre l'incertitude inhérente à certains rapports juridiques. Cette incertitude est essentielle pour notre argumentation qui tend à présenter des situations où les incertitudes et les aléas d'ordre juridique, factuel et parfois même politique peuvent priver les victimes d'une réparation qu'elles sont pourtant légitimes à exiger. *Le cœur de notre proposition consiste donc à démontrer l'insuffisance du « fait illicite », une notion parfois contingente. Face aux risques associés au monopole de cette notion, nous suggérons de la compléter par le concept de « dommage », notion plus « sûre » et « déterminable ». En définitive, cette approche vise à mieux protéger les victimes innocentes.*

Les actes « tolérés ». Les normes contingentes permettent souvent de « tolérer » certaines situations pourtant critiquables. Dans la plupart des cas, suivant un raisonnement syllogistique, les actes dont il est question *auraient dû* être interdits dès le départ. En effet, beaucoup de ces

---

[398] Voy. Miles (C.), « The Indeterminacy », *op. cit.*; Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, *op. cit.*

[399] Voy. à cet égard Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, *op. cit.*, pp. 590-596.

règles sont en contradiction avec d'autres normes applicables du droit international. Cependant, par des soucis qualifiés de « pragmatiques », le droit international a « toléré » les actes dont il est question. Toute la question est de savoir si dans de tels cas, les États sont quand même tenus de réparer les dommages qu'ils ont créé.

On dit qu'un comportement est toléré s'il a été permis ou, au moins, qu'il n'a pas été précisément interdit. Nous sommes d'ailleurs d'accord avec une partie de la doctrine en disant que ces deux situations (la permission et l'absence d'interdiction) ne sont pas les mêmes[400]. Cependant, quand il est question de l'intérêt des victimes, les deux situations reviennent au même. Dans les exemples dont il est question ici, la norme primaire n'a de toute façon pas été violée. Par conséquent, le droit de la responsabilité classique ne permet pas, par nature, de répondre à leur situation. De ce fait, seule la responsabilité objective peut protéger les victimes dans ce cas de figure.

Les cas d'application. Dans cette Section comme pour la précédente, nous ne prétendons pas à l'exclusivité. Nous avons choisi deux domaines qui nous semblent être les plus révélateurs. Un exemple parlant est celui des essais nucléaires dont l'interdiction est toujours sujette au débat même si leurs conséquences néfastes sont scientifiquement prouvées. Il en va de même pour certaines normes du droit international humanitaire (ci-après DIH) dont notamment le principe de proportionnalité. Pour des raisons historiques, ce droit a été conçu comme un ensemble de règles « pragmatiques ». L'objectif était de règlementer les conflits armés sans pour autant froisser les États. Il s'agit bien entendu d'une question qui touche le noyau dur de la souveraineté et il fallait donc agir avec beaucoup de précautions. Par conséquent, on a admis des normes qui sont loin d'être parfaites, mais qui représentaient toujours un progrès. Dans ces circonstances, l'exclusion de la réparation aux seuls faits illicites peut se révéler dangereuse, car les normes primaires elles-mêmes sont objet de très nombreuses critiques. La responsabilité objective pourrait donc être un rempart pour éviter des situations trop injustes pour les victimes. Le premier exemple de normes contingentes relatif aux essais nucléaires présente, au fond, la même problématique.

Cette problématique n'est pourtant pas limitée à ces exemples. Elle apparaît aussi dans les dommages causés par le changement climatique[401] et dans le transfert ainsi que le traitement

---

[400] *Ibid.*

[401] Pour une analyse fort intéressante des limites des normes primaires dans ce domaine voy. Cassella (S.), *Global Risks and International Law-The Case of Climate Change and Pandemics*, *op. cit.*, notamment pp. 115-119. Voy. aussi Kerbrat (Y.), « State Responsibility and liability for Climate Change Induced Environmental Damages », *in* Yeh (J-R.) (dir.), *Climate Change Liability and Beyond*, Taipeh, National Taiwan University Press, 2017, p. 61-77.

transfrontalier des déchets, notamment les déchets dangereux[402]. Il s'agit, là aussi, d'activités dont les conséquences dommageables sur l'environnement et la santé humaine sont scientifiquement prouvées. Or, en l'absence d'une volonté étatique[403], on n'a pas encore pu adopter de normes primaires satisfaisantes afin d'éliminer ces dommages[404]. Il en va de même pour une catégorie de dommages encore plus sensibles sur le plan politique : il s'agit des dommages causés par le colonialisme, ancien et nouveau, qui pourraient aussi entrer dans cette catégorie. Dans tous ces exemples, la responsabilité objective, basée sur le dommage plutôt que sur le fait illicite, pourrait ouvrir une voie de réparation pour les victimes.

Nous allons donc examiner la pratique étatique pour voir si elle confirme l'existence de la responsabilité objective dans un tel cas de figure, à défaut d'une réparation sur la base du fait illicite. À cette fin, nous allons examiner les deux exemples les plus parlants, à savoir les essais nucléaires (§1) et les dommages tolérés par le DIH (§2).

§1 Les essais nucléaires

L'Avis de la CIJ sur la menace et l'emploi d'armes nucléaires. Les essais nucléaires relèvent de la deuxième catégorie des normes contingentes, telle qu'expliquée précédemment. Depuis l'Avis consultatif sur *l'emploi et la menace des armes nucléaires*, il n'y a toujours pas de preuve convaincante que l'emploi ou l'essai des armes nucléaires sont systématiquement interdits par le droit international. La Cour avait reconnu que l'emploi et la menace seraient « généralement »

---

[402] En la matière il existe des avancées, timides, mais réelles, grâce à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. Cette Convention n'interdit pas en soi le mouvement des déchets dangereux, mais les soumet à certaines conditions procédurales.

[403] En témoigne le sort des Conférences des Nations Unies sur le changement climatique. Malgré les avancées timides, ces conférences échouent à prévoir des normes primaires efficaces afin de réduire l'émission des gaz à effet de serre. Elles se contentent de fixer des « objectifs » sans valeur obligatoire. Ceci même si l'effet dommageable de ces émissions sur l'environnement et l'humanité tout entière est désormais une certitude scientifique.

Il en va de même pour 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. Ce Protocole est en réalité un complément crucial de la Convention de Bâle. Il prévoit un régime détaillé de responsabilité objective avec, notamment, la mise en place des assurances obligatoires. Il n'est pourtant jamais entré en vigueur.

[404] Voy. à ce propos, par exemple, Agbor (A.), « The Ineffectiveness and Inadequacies of International Instruments in Combatting and Ending the Transboundary Movement of Hazardous Wastes and Environmental Degradation in Africa », *African Journal of Legal Studies*, vol. 9, 2016, pp. 235–267.

Pour le changement climatique Voy. la décision du Tribunal d'arrondissement de La Haye, 24 juin 2015, *Urgenda c. État des Pays-Bas*. Voy. aussi *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc.*, the Hague District Court, 26 mai 2021. Dans cette affaire les requérants se sont basés sur la décision historique *Urgenda*. Ils demandaient à Shell de réduire ses émissions de gaz à effet de serre de 45 % jusqu'en 2030, conformément à l'Accord de Paris de 2015. Les requérants se sont en réalité basés avant tout sur une « *duty to care* ». Cependant, il est intéressant de noter que dans sa défense, Shell met effectivement l'accent sur l'absence d'une norme primaire clairement établie. Voy. le Chapitre 3 pour davantage d'information sur le contentieux climatique.

contraires au droit international[405]. Elle a pourtant dit qu'elle ne pouvait pas conclure dans une telle interdiction dans les cas extrême où la survie même d'un État serait en danger[406]. C'est là un exemple de ce qu'on appelle une norme contingente.

L'emploi de ces armes viole en réalité, systématiquement, certaines normes du DIH, notamment le principe de la distinction. Les essais nucléaires causent, eux aussi, des conséquences si graves qu'il est difficile de ne pas y voir un fait illicite. Cependant, pour des raisons en partie politiques, la CIJ a été incapable de prononcer leur prohibition. Ceci même s'ils vont créer des dommages d'une importance inouïe.

L'absence d'exemple pertinent pour l'emploi opérationnel de ces armes Le seul exemple de l'utilisation des armes nucléaires n'a pas sa place dans cette thèse. Si la CIJ n'a pas prohibé l'emploi des armes nucléaires, c'était seulement pour les cas les plus extrêmes dans lesquels l'existence même d'un État aurait été mis en danger. La seule possibilité pour tolérer ces actes serait donc un danger existentiel pour les États-Unis au moment où ils ont employé ces armes. Sans vouloir entrer dans une analyse historique de la seconde guerre mondiale, nous sommes d'avis qu'au stade où ces armes ont été utilisées, cette condition n'était pas remplie. Par conséquent, leur acte était une violation du droit international qui n'a d'ailleurs pas donné suite à une réparation quelconque.

Les essais nucléaires. Les exemples d'essais nucléaires sont à la fois plus nombreux et plus complexes. Bien entendu les essais ont des effets bien plus modestes et il existe des arguments plus convaincants pour les défendre. Ceci n'empêche pas qu'au regard des dommages (notamment environnementaux) qu'ils peuvent causer, ces essais *auraient dû* être interdits, au moins en dehors de la juridiction étatique. On sait pourtant qu'une telle conclusion n'est pas forcément compatible avec l'état du droit positif. À défaut, la responsabilité objective est la seule voie de réparation des dommages causés par ces essais.

Ces essais auraient pu être intégrés dans la première Section relative à la théorie du risque. Il peut être défendu que les essais nucléaires sont une activité dangereuse, mais non pas illicite qui exige la réparation des dommages causés. Cependant, les rapprocher des exemples classiques de la responsabilité pour risque n'est pas sans difficulté. Dans la première Section, on a en principe eu affaire à des activités qui peuvent avoir des conséquences dommageables

---

[405] CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, op. cit.*, p. 266

[406] « Au vu de l'état actuel du droit international, ainsi que des éléments de fait dont elle dispose, la Cour ne peut cependant conclure de façon définitive que la menace ou l'emploi d'armes nucléaires serait licite ou illicite dans une circonstance extrême de légitime défense dans laquelle la survie même d'un État serait en cause ; »
Ibid.

sans que cela soit nécessairement le cas. Ici, il s'agit plutôt d'une activité qui va, en principe, causer des effets dommageables. Au regard de leur nature particulière, on a donc préféré les inclure dans cette section. En l'espèce, les exemples les plus pertinents peuvent être trouvés dans les essais nucléaires américains (A.) et français (B.).

A. Les essais nucléaires américains

Les essais souterrains dans l'Alaska. Le 6 novembre 1971, les États-Unis ont entrepris leur plus grand test nucléaire souterrain. Ce test, dénommé Cannikin Test, a été entrepris sur l'île d'Amchitka en Alaska. Le Canada s'est réservé le droit de demander compensation si le test causait un dommage quelconque dans le Pacifique[407].

Les essais nucléaires dans les îles Marshall. Entre 1946 et 1958, les États-Unis ont procédé à une série d'essais nucléaires dans les îles Marshall, alors sous leur mandat. Il s'agissait de 43 essais à l'Atoll Enewetak, 23 à l'Atoll Bikini et 1 à 136 kilomètres de Enewetak. Il s'agissait de tests particulièrement puissants. Le plus puissant d'entre eux, le test Bravo, concerne une bombe de 15 mégatonnes avec une puissance de destruction 1000 fois supérieure à celle d'Hiroshima[408].

Les États-Unis ont accepté d'indemniser les habitants des îles à deux reprises, en 1964 et 1982. Le 22 août 1964, le président Johnson promulgue une loi selon laquelle les États-Unis assumaient « *la responsabilité humanitaire* d'indemniser les habitants de l'atoll de Rongelap, dans le territoire sous tutelle des îles du Pacifique, pour avoir été exposés aux rayonnements produits par l'explosion thermonucléaire déclenchée dans l'atoll de Bikini, dans les îles Marshall, le 1er mars 1954 »[409]. Cette loi a autorisé le paiement de 950 000 dollars à répartir également entre les habitants affectés.

La deuxième phase de paiement, plus conséquente, est intervenue en 1982. Cette fois, le gouvernement de Ronald Reagan accorde une somme de 100 millions de dollars aux habitants des îles touchées à titre de règlement de toutes les réclamations intentées contre les États-Unis (que ce soit les atteintes à la santé des personnes ou aux biens)[410]. Les États-Unis ont aussi dépensé près de 110 millions de dollars pour nettoyer plusieurs îles de l'atoll d'Eniwetok afin de les rendre à nouveau habitables[411].

---

[407] L'Étude de 2004, pp. 168-169.
[408] Les faits sont tirés du site internet du Tribunal des îles Marshall. Le site du tribunal n'est plus accessible en ligne, mais nous avons quand même pu le consulter.
[409] Voy. *Digest of International Law*, vol. 4, 1965, p. 567, cité *in* l'Étude de 1995, p. 100. Italiques ajoutés.
[410] International Herald Tribune, 15 juin 1982, p. 5, col. 2. Cité par l'Étude de 1995, p. 100.
[411] *Ibid.*

La difficile qualification des paiements effectués. La doctrine semble perplexe quant à la qualification juridique de ces paiements[412]. En apparence, il n'existait pas d'obligation juridique de ne pas procéder aux tests nucléaires. Il n'empêche que ces tests allaient causer des dommages à la fois catastrophiques et tout à fait prévisibles. *A priori* dans le cas d'espèce, la qualification juridique ne devrait pas poser problème. Formellement, les États-Unis avaient obtenu le consentement des habitants des îles avant de procéder aux essais nucléaires[413]. En effet, les habitants des îles avaient accepté de quitter les îles en contrepartie d'un ensemble de mesures promises par les États-Unis[414]. Bien entendu, il peut y avoir un débat sur la valeur de ce consentement venant d'une population sous mandat américain, qui, d'ailleurs, n'a pas entièrement reçu la contrepartie promise par l'administration américaine. Nonobstant ce débat, ce consentement formel exclut *a priori* l'illicéité des essais américains.

Les États-Unis n'ont jamais accepté une véritable responsabilité du fait des essais nucléaires. Au contraire, ils ont accordé ces sommes au titre d'un paiement *ex gratia*. Cette position peut être remarquée par exemple dans la loi du 22 août 1964 qui avait accordé 950 000 dollars américains aux habitants de l'Atoll Rongelap. Dans cette loi, les États-Unis assument :

> « compassionate responsibility to compensate *inhabitants of the Rongelap Atoll, in the Trust Territory of the Pacific Islands, for radiation exposures sustained by them as a result of a thermonuclear detonation at Bikini Atoll in the Marshall Islands on March 1, 1954*… ».[415]

Les termes employés montrent en eux-mêmes la complexité, sinon la contradiction de la position américaine. On peut légitimement se demander si une responsabilité de réparer pouvait être vraiment « *compassionate* » ?

Le gouvernement américain semble ne pas vouloir reconnaître ses paiements en tant que véritable réparation. Cependant, il a même mis en place un Tribunal spécial, *The Marshall Islands Nuclear Claims Tribunal* afin d'examiner les demandes en réparation. Ce tribunal avait pour mission d'examiner l'ensemble des requêtes concernant les conséquences des essais nucléaires et a rendu un nombre important d'arrêts[416]. Il s'agit donc d'un

---

[412] Voy. Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p.55.

[413] Cette affirmation est tirée du site du Tribunal des îles Marshall, présentation de l'affaire.

[414] Les États-Unis avaient accepté de loger ces habitants sur d'autres îles. Ils s'étaient engagés à créer des structures nécessaires afin de pouvoir loger dignement ces habitants. Au-delà des logements, ils avaient aussi accepté de construire des hôpitaux, écoles et d'autres structures nécessaires pour leur déplacement.

[415] *Digest of international law*, vol. 6, pp. 258-259 ; vol. 4, 567, cité *in* Barboza (J.), *The Environment, risk and liability, op. cit.*, p. 56. Italiques ajoutés.

[416] Le tribunal a été mis en place en 1988, au titre d'un accord avec le gouvernement des îles Marshall. Il avait pour mission d'examiner l'ensemble des requêtes concernant les conséquences des essais nucléaires. Son objectif était le suivant :

« *compassionate payment* », d'un paiement *ex gratia*, mais qui a été octroyé par les décisions d'un tribunal spécialisé, selon une procédure exigeante. Malgré tout, l'*opinio juris* des Américains ne peut pas être établi. En revanche, sur le fond, tout laisse à croire qu'on a ici affaire à une responsabilité qui ne porte pas son nom.

Le navire Fukuryu Maru. Les essais nucléaires américains dans les îles Marshall ont aussi eu des incidences majeures en dehors de la zone préalablement établie. En effet, le gouvernement américain avait établi une zone de non-accès d'environ 50 000 kilomètres carrés autour de l'île en question. Malgré cette zone très étendue, les effets de la bombe se sont fait ressentir au-delà de ce qui était initialement prévu. La doctrine a aussi mentionné les « systèmes naturels imprévisibles »[417] comme ayant contribué à l'expansion des retombées radioactives.

À la suite de l'extension de ces effets radioactifs, le Japon a réclamé des dommages et intérêts auprès du gouvernement américain. Selon le Japon, les essais ont contaminé à la fois la mer et l'atmosphère. Par conséquent, le secteur de la pêche a été sévèrement touché. En outre, les membres d'équipage du navire Fukuryu Maru ont été sévèrement contaminés[418].

Le paiement sans obligation. En réponse à ces demandes, le gouvernement américain a accepté un paiement *ex gratia* à la hauteur de 2 millions de dollars sans vraiment en préciser le fondement juridique. Dans sa déclaration officielle, le ministère des affaires étrangères américain présente ainsi le fondement de son paiement :

> « Le Gouvernement des États-Unis a déclaré clairement qu'il est disposé à verser des indemnités en tant qu'expression supplémentaire de préoccupation et regret au sujet de dommages causés. (…) le Gouvernement des États-Unis d'Amérique offre au Gouvernement japonais *ex gratia et sans considération de la question de responsabilité juridique*, la somme de deux millions dollars à titre de *réparation des préjudices ou dommages* causés par suite des essais nucléaires menés dans les îles Marshall en 1954… ».[419]

Il est tout à fait compréhensible que les opposants à la responsabilité objective n'y voient aucune incidence sur le droit international général en absence de l'*opinio juris* de l'État

---

« *render final determination upon all claims past, present and future, of the Government, citizens and nationals of the Marshall Islands which are based on, arise out of, or are in any way related to the Nuclear Testing Program.* »
Les informations relatives à la présentation du Tribunal se trouvaient dans la rubrique « History and activities » du site du tribunal.
Le tribunal a rendu un nombre relativement important de décisions qui constituent l'une de très rares sources jurisprudentielles relatives à la responsabilité nucléaire.

[417] « *Natural unpredictable systems* » en anglais. Barboza, *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 56.

[418] Quelques mois après les essais, l'opérateur radio en chef du bateau, Aikichi Kuboyama, est décédé des suites de son exposition aux matériaux radioactifs.

[419] The Department of State Bulletin, Washington, vol. 32, n° 812, 17 janvier 1955, cité *in* Nègre (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement, op. cit.*, p. 206.

concerné.[420] Il faut pourtant signaler que la prise en charge répétée des accidents de ce type ne peut pas passer inaperçue. À cela s'ajoute le langage pour le moins ambigu des États dans le cadre de ce type de réparation (paiement *ex gratia*, « à titre de *réparation des préjudices ou dommages* causés »)[421].

B. Les essais nucléaires français

Pour expliquer les problématiques liées aux essais français, il convient de distinguer entre le déroulement des faits (1.) et la réaction des autorités publiques (2.)

1. Le déroulement des faits

Le Pacifique et l'Algérie. Les essais nucléaires français ont causé des inquiétudes similaires, notamment dans l'océan Pacifique. Le Japon et la Nouvelle-Zélande s'étaient réservé le droit de demander compensation si ces tests causaient un dommage quelconque dans les zones soumises à leur juridiction.[422] L'Australie et la Nouvelle-Zélande avaient aussi intenté des procédures devant la Cour internationale de justice pour contester ces essais.[423]

En dehors de ces États, les habitants des territoires où les essais ont été entrepris ont subi des dommages importants. Les essais français ont essentiellement été menés en Algérie et en Polynésie française. Cela étant, les dommages créés aux résidents de ces zones ne sont en réalité pas des dommages transfrontières, avant l'indépendance algérienne (le 5 juillet 1962). Cela dit, ces essais ont continué après l'indépendance jusqu'en 1966. Par conséquent, une partie au moins des dommages créés est véritablement de nature transfrontière. Il faut aussi rappeler qu'une partie non négligeable des victimes à qui on a affaire sont aujourd'hui des citoyens algériens.

La difficulté de prévoir les conséquences d'un « test ». Comme leur nom l'indique, les essais français et américains ont été par nature imprévisibles. Il en va d'ailleurs de même pour tout autre « essai » militaire ou industriel. Or, sans ces essais, point de technologie. Cela étant, la nature même de tout essai industriel est une invitation à l'admission de la responsabilité objective. C'est l'un des avantages d'un système sans faute que de pouvoir répondre à des

---

[420] Voy. aussi Nègre (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement, op. cit.*, p. 205.

[421] Pour une analyse nuancée du premier rapporteur spécial voy. *Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Quentin-Baxter (R.Q), rapporteur spécial, Doc. A/CN.4/346, 1981, p. 124.

[422] L'Étude de 2004, pp. 168-169.

[423] Ces affaires vont être examinées dans le chapitre suivant.

conséquences imprévisibles. En l'espèce, un ouvrage publié en 2021 est particulièrement intéressant pour démontrer cet intérêt.

Toxique. L'ouvrage en question, *Toxique*, prétend se baser sur des informations militaires déclassifiées en 2013. Il traite les informations nouvellement disponibles à l'aide des moyens informatiques de notre temps. Nous ne sommes pas en mesure de statuer sur le bien-fondé technique des prétentions présentées dans l'ouvrage. Néanmoins, à notre connaissance, ces données n'ont pas été contestées par les pouvoirs publics. Elles ont aussi reçu une couverture médiatique plutôt importante[424]. Quoi qu'il en soit, l'hypothèse même de l'erreur dans une opération technologique si complexe est tout à fait plausible.

En l'occurrence, selon les auteurs, certains des tests français dans la Polynésie française ne se sont pas déroulés comme prévu. Le plus important a été l'essai baptisé Centaure qui a eu lieu le 17 juillet 1974. En l'espèce, les nuages nucléaires étaient censés arriver à une hauteur de 8000 mètres, ce qui aurait eu pour conséquence de les faire déplacer du côté des zones non ou peu habitées. Or, s'étant arrêtés à une hauteur de 5 300 mètres seulement, les vents dominants les ont emportés vers Tahiti. Il s'en serait suivi d'importants effets sur la santé des habitants[425]. Dans une formule aussi grave que poignante, l'ouvrage évoque un « tir à 110 000 victimes potentielles »[426].

Les faits sont si graves qu'ils imposent la plus grande prudence. À plusieurs reprises, dans l'ouvrage, les auteurs évoquent des accusations graves contre les responsables politiques et militaires de l'époque. La plus grave de ces accusations concerne justement l'essai Centaure du 17 juillet 1974 susmentionné. Les auteurs reprochent aux autorités militaires de ne pas avoir agi pour avertir les habitants de Tahiti. Selon eux, les rapports d'experts ont fait apparaître « les risques possibles » que les masses d'air se dirigent vers cette île[427]. Dans cet exemple, si ces prétentions étaient prouvées, on ne serait plus face à un cas de responsabilité objective, mais à une faute grave des personnes en charge. En revanche, si l'on se tient aux seuls imprévus

---

[424] Voy. par exemple les sites ci-dessous :
Le Monde : https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/03/05/toxique-enquete-sur-les-essais-nucleaires-francais-en-polynesie-les-mensonges-de-la-france-dans-le-pacifique_6072003_3232.html
Libération : https://www.liberation.fr/societe/sante/polynesie-francaise-les-essais-nucleaires-ont-bien-eu-un-impact-sur-les-cancers-de-la-thyroide-selon-une-etude-20230515_RCK2ZZGXXBFWLPKMWMGPJYFRW4/
France24 : https://www.france24.com/fr/vid%C3%A9o/20210310-essais-nucl%C3%A9aires-en-polyn%C3%A9sie-les-dangers-ont-%C3%A9t%C3%A9-sous-%C3%A9valu%C3%A9s-selon-une-enqu%C3%AAte

[425] Sébastien (P.), Statius (T.) (dir.), *Toxique. Enquête sur les essais nucléaires français en Polynésie*, *op. cit.*, p. 135.

[426] *Ibid.*, p. 131.

[427] *Ibid.*, p. 133.

techniques et météorologiques, il n'est pas certain qu'un fait illicite précis puisse être prouvé. Encore une fois, les alternatives restantes sont soit la qualification des essais nucléaires d'illicites, soit d'établir une équivalence entre le dommage causé et un fait illicite.

Dans tous les cas, nonobstant des erreurs qui auraient peut-être été commises au moment des essais, la réponse *a posteriori* du gouvernement français a été de loin plus protectrice pour les victimes que celle des Américains. Bien entendu, cette différence s'explique en partie par la différence entre les contextes. La France indemnise ses citoyens, présents et passés[428], les États-Unis, les indigènes des îles Marshall. La différence s'explique donc, mais ne se justifie guère.

2. *La réaction des autorités publiques*

Le rapprochement d'une véritable responsabilité. En comparaison avec les États-Unis, la position française semble plus proche de l'admission d'une véritable responsabilité juridique. Plusieurs déclarations des responsables politiques français vont dans ce sens. On peut mentionner plusieurs déclarations des membres du gouvernement Castex en 2021 à la veille du voyage du Président Macron à Papeete. Geneviève Darrieussecq, ministre déléguée à la Mémoire et aux Anciens Combattants, avait par exemple déclaré :

> « La Polynésie française a grandement contribué à la construction de notre force de dissuasion et il convient d'assumer toutes les conséquences, humaines, sociétales, sanitaires, environnementales et économiques ».[429]

Les ministres des Armées, de la Santé et des outre-mer ont aussi fait des déclarations qui allaient dans le même sens[430]. La France a d'ailleurs mis en place un nombre assez important de dispositifs pour répondre aux dommages créés. La réponse la plus importante a été la création du Comité d'indemnisation des victimes des essais nucléaires (CIVEN) en vertu de la Loi du 5 janvier 2010[431]. Le gouvernement s'est aussi engagé à financer la recherche sur les cancers

---

[428] En vérité, la plupart des personnes qui ont reçu une indemnisation sont des citoyens français. Selon le rapport de 2003, 3 % seulement des demandes venaient des ressortissants algériens. 36 % des demandes viennent des résidents en Polynésie et 61 % des résidents en Métropole. Cette dernière catégorie concerne des personnes qui étaient des résidents habituels de Métropole, mais qui ont effectué des missions au Sahara ou en Polynésie.
Voy. CIVEN, Rapport d'activité 2022, pp. 11-12 (ci-après le rapport de 2023).

[429] La citation vient de France24 :
https://www.france24.com/fr/france/20210703-la-france-s-engage-%C3%A0-assumer-les-cons%C3%A9quences-des-193-essais-nucl%C3%A9aires-en-polyn%C3%A9sie

[430] *Ibid.*

[431] Voy. la version consolidée de la Loi sur legifrance :
https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000021625586?init=true&page=1&query=+loi+n%C2%B0+2018-1317+du+28+d%C3%A9cembre+2018+de+finances+pour+2019+%3B&searchField=ALL&tab_selection=all

liés à la radiation et de faciliter les démarches administratives quant aux indemnisations. À cela s'ajoute un soutien médical à travers des postes d'internes en médecine[432].

Le CIVEN. Le CIVEN dispose d'une procédure d'indemnisation pour les « personnes atteintes de maladies résultant d'une exposition aux rayonnements des essais nucléaires français réalisés dans le Sahara algérien et en Polynésie française entre les années 1960 et 1998 »[433]. Au-delà des déclarations officielles, le texte de la Loi de 2010 va dans le sens d'une véritable responsabilité juridique :

> « I. — Toute personne souffrant d'une maladie radio-induite résultant d'une exposition à des rayonnements ionisants dus aux essais nucléaires français et inscrits sur une liste fixée par décret en Conseil d'État conformément aux travaux reconnus par la communauté scientifique internationale *peut obtenir réparation intégrale de son préjudice dans les conditions prévues par la présente loi.* »[434]

Cette position est très loin de la pratique américaine relative aux îles Marshall qui avait prévu une responsabilité plafonnée. Selon la Loi de 2010, le principe est la réparation intégrale.

Selon un rapport publié le 10 juillet 2023 (le Rapport de 2023), depuis sa création, le CIVEN avait enregistré 2 282 demandes d'indemnisation. 1 015 demandes ont été formulées par les ayants droit des victimes[435]. En effet, la Loi de 2010 permet des actions également de la part des ayants droit des victimes décédées. Cette demande est cependant soumise à un délai de prescription qui dépend de la date du décès de la victime[436]. Selon le Rapport de 2023, un peu plus de 67 millions d'euros ont été accordés depuis 2010[437]. Le taux de reconnaissance de la qualité de victime des essais nucléaires est de 43 % pour les décisions du Président du CIVEN et de 48 % pour celles du Collège du CIVEN depuis l'application du critère du 1 mSv[438]. Le montant moyen versé par indemnisation est de 73 017 euros[439].

Les critiques aux critères du CIVEN. Il existe un nombre de débats sur le critère de reconnaissance de la qualité de victime. Cette reconnaissance dépend à la fois du taux de radiation[440] et de l'inclusion des symptômes dans une liste exhaustive de pathologies reconnues

---

[432] Voy. plus de détails sur le site de France24 : https://www.france24.com/fr/france/20210703-la-france-s-engage-%C3%A0-assumer-les-cons%C3%A9quences-des-193-essais-nucl%C3%A9aires-en-polyn%C3%A9sie

[433] Voy. le site officiel Vie-publique : https://www.vie-publique.fr/rapport/290358-comite-d-indemnisation-des-victimes-des-essais-nucleaires-2022

[434] Article 1-I de la Loi du 5 janvier 2010. Italiques ajoutés.

[435] Le rapport de 2023, p. 10.

[436] Voy. l'article 1-II de la Loi de 2010.

[437] Le Rapport de 2023, p. 21.

[438] *Ibid.*, pp. 15-16.

[439] *Ibid.*, p. 21.

[440] Voy. la QPC n° 2021-955 rendue par le Conseil constitutionnel le 10 décembre 2021.

comme étant liées aux essais nucléaires[441]. Les associations de défense des victimes plaident toujours pour l'élargissement de ces critères afin de permettre une couverture plus importante des personnes touchées[442]. Selon elles, le seuil de radioactivité de « 1 mSv » serait le coupable principal et devrait être totalement abandonné[443]. Le CIVEN quant à lui continue à défendre ce critère[444].

Retour sur la licéité des essais. Si on compile les exemples français et américains, on constate l'ampleur des dommages créés par les essais nucléaires. Cependant, il n'est toujours pas certain que ces essais aient été une violation du droit international. Connaissant les effets dévastateurs de ces essais et suivant le principe de non-intervention, nous sommes d'avis que ces essais devraient être interdits d'emblée, au moins sur les territoires étrangers. Or, on est là face à une situation contradictoire qui résulte de la nature stato-centrée du droit international. En présence de telles normes, à la fois incertaines et injustes, la responsabilité objective pourrait être une assurance, certes limitée, pour amoindrir la souffrance des victimes innocentes. Ce besoin se fait ressentir aussi dans le droit international humanitaire.

§2 Les dommages tolérés par le DIH

Un droit « pragmatique ». Dès l'introduction de ce Chapitre, nous avons précisé que le DIH offre des exemples topiques pour ce que nous avons appelé « les normes contingentes ». La nature soi-disant pragmatique de ce droit crée un terrain tristement fertile pour les dommages réels, mais basés sur des normes contingentes. On est face à des actes moralement douteux, mais qui ne peuvent pas toujours être qualifiés d'illicites. Cela n'empêche qu'ils créent toujours des victimes innocentes. Nous allons essayer de démontrer l'intérêt de cette catégorie à travers deux exemples dans lesquels il est question des victimes civiles lors des frappes aériennes menées par la coalition internationale en Afghanistan. Le premier concerne l'une des frappes les plus meurtrières à Kunduz en 2009 (A.) et le deuxième le bombardement d'une base d'Al-Qaeda qui ne s'est pas déroulé comme prévu (B.). Ces exemples ont été choisis à dessein. Le contraste entre les réactions étatiques dans ces deux exemples permet de démontrer l'intérêt de la responsabilité objective.

---

[441] Voy. la liste annexée au décret du 15 septembre 2014.
[442] Voy. par exemple le site de France 24 : https://www.france24.com/fr/france/20230829-en-polyn%C3%A9sie-l-%C3%A9preuve-question-de-l-indemnisation-des-victimes-de-30-ans-d-essais-nucl%C3%A9aires
[443] *Ibid.*
[444] Le Rapport de 2023, p. 28.

A. Les civils d'Omarkhel

Le déroulement de l'opération. Le 3 septembre 2009, un groupe armé des talibans a détourné deux camions-citernes au nord de l'Afghanistan. Le groupe a essayé de faire passer les camions dans la rivière Kunduz vers la région de Chardara. Or, les camions ont été bloqués au milieu de la rivière sur un banc de sable. Les forces de la coalition internationale sont parvenues à localiser les camions. En l'espèce, un colonel allemand, G. K.[445], a été en charge de l'opération. Craignant que les camions puissent être utilisés comme un explosif mobile, il a donné l'ordre de leur élimination, ordre qui a été exécuté par des chasseurs américains. Cependant, il s'est avéré que des dizaines de civils étaient présents sur les lieux. On ne dispose pas de chiffres exacts quant au nombre de victimes civiles, ils varient de 14 à 113. La Bundeswehr allemande aurait reconnu 91 décès et 11 blessés sans préciser le nombre des victimes civiles[446]. Les enquêtes du gouvernement afghan avaient fait état de 99 morts et celles de la Mission d'assistance des Nations unies en Afghanistan (MANUA) de 109 morts et 33 blessés (sans préciser le nombre de civils)[447].

La contingence des faits. En l'espèce, la contingence des normes est couplée avec celle des faits. Non seulement on ne connaît pas le nombre exact des civils, mais on ne connaît pas non plus le motif véritable de leur présence sur les lieux. Selon la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), les talibans avaient fait venir les villageois pour qu'ils siphonnent (en partie) le carburant des citernes. L'objectif était bien entendu d'arriver à dégager les camions. On ne sait toutefois pas si ces civils ont été trainés de force, s'ils ont choisi volontairement de collaborer avec les talibans ou s'ils venaient tout simplement pour récupérer des carburants gratuits[448].

---

[445] Cette affaire a reçu une couverture médiatique telle que le nom de ce colonel est facilement trouvable en ligne, mais nous avons toujours préféré le mentionner avec des acronymes.

[446] Ces éléments factuels sont tirés des sources juridiques et médiatiques. Voy CEDH, *Hanan c. Allemagne*, arrêt de la Grande Chambre, Requête n° 4871/16, 16 février 2021 ; l'arrêt de la CEDH précise que le chiffre exact des victimes n'est pas connu. Le chiffre donné est tiré du site du quotidien Die Welt qui est l'un des plus importants en Allemagne :
https://www.welt.de/newsticker/news1/article199321754/Streitkraefte-Menschenrechtsgerichtshof-befasst-sich-mit-verheerendem-Luftangriff-von-Kundus.html

[447] CEDH, *Hanan c. Allemagne*, p. 19, § 66.

[448] CEDH, *Hanan c. Allemagne*, p. 5, § 21. Der Spiegel rapporte aussi les conclusions du lieutenant général Yarmand. Il avait enquêté sur le sujet de la part du Président Karzai. Selon lui, la « majorité » de ces personnes étaient des sympathisants des talibans (« *taliban supporters* »). Or, il avait lui-même nuancé ce constat en reconnaissant qu'il était difficile de distinguer entre les ultraconservateurs, les proches ou amis des talibans armés et d'autres personnes qui ne faisaient que suivre la foule. Voy. le récit de ce rapport ici :
https://www.spiegel.de/international/world/the-end-of-innocence-in-afghanistan-the-german-air-strike-has-changed-everything-a-648925.html

Les procédures devant la CEDH et les tribunaux allemands. Les ayants droit des victimes ont intenté, à notre connaissance, deux recours à la fois pour contester la légalité de l'acte et demander l'indemnisation. Le premier, assez peu étudié par la doctrine, concerne un recours qui est arrivé devant la Cour d'appel de Cologne. La Cour a rendu son arrêt le 30 avril 2015 (n° 7 U 4/14)[449]. L'arrêt a confirmé le principe selon lequel l'État allemand pouvait voir sa responsabilité engagée du fait des opérations extérieures, pour des conflits ayant eu lieu après la Seconde Guerre mondiale. Cependant, la requête est rejetée pour les motifs de faits. Essentiellement, la Cour retient que le commandant allemand *ne pouvait savoir* qu'il y avait des civils à proximité du camion. Ce raisonnement est reproduit par une affaire plus connue, à savoir l'affaire *Hanan*.

L'affaire *Hanan*-la phase interne. M. Hanan avait perdu ses deux fils dans la frappe de la Force internationale d'assistance et de sécurité (FIAS). Selon lui, l'enquête menée sur cette frappe par les autorités allemandes n'était pas effective. En effet, à la suite de la frappe, le procureur général près la Cour fédérale de justice avait été saisi. Le procureur avait entendu les suspects et plusieurs témoins. Il a aussi eu accès à certaines informations techniques quant au déroulement des faits par l'armée allemande. Au final, il a décidé de clôturer l'enquête. Sa décision a été confirmée par la Cour d'appel de Düsseldorf et la Cour constitutionnelle fédérale[450]. Il faut pourtant préciser qu'il s'agissait là, non pas d'une affaire de responsabilité étatique, mais d'une enquête sur la responsabilité pénale des suspects (le colonel K. et le sergent-chef W). En outre, même si le procureur avait pris en compte les règles du DIH, il a statué sur le fond de l'affaire en fonction du droit interne allemand. Malgré tout, la conclusion du procureur quant à la licéité de l'attaque aurait très probablement empêché toute indemnisation dans une procédure civile.

Essentiellement, il avait retenu les mêmes arguments que la Cour d'appel de Cologne. Il était donc d'avis que les forces allemandes, notamment le colonel K., avaient pris les précautions nécessaires pour éviter les dommages civils. Il était aussi d'avis qu'au regard des circonstances, les forces allemandes ne pouvaient pas savoir que les personnes autour des camions étaient des civils. Par conséquent, la responsabilité pénale du colonel K. ne pouvait pas être engagée et la frappe a été qualifiée de licite[451].

---

[449] Pour une brève analyse de cet arrêt voy. Castellarin (E.), « Responsabilité à raison d'opérations engagées à l'étranger et contrôle des opérations militaires », *RGDIP*, chronique de la jurisprudence étrangère, Tome 119, n° 4, 2015, pp. 860-861

[450] Les procédures internes sont rapportées dans l'arrêt de la CEDH : CEDH, *Hanan c. Allemagne*, arrêt de la Grande Chambre, Requête n° 4871/16, 16 février 2021, pp. 7-14.

[451] Voy. par exemple *ibid.*, p. 78, § 212.

L'affaire *Hanan*-la phase CEDH. Le requérant a aussi attaqué ces décisions devant la CEDH. L'affaire a été portée devant la Grande Chambre qui a rendu son arrêt le 16 février 2021. La Cour n'a pas examiné la légalité du bombardement ou le contentieux de la responsabilité en tant que tel. Au contraire, l'accent est mis sur le sérieux des enquêtes entreprises par les tribunaux allemands. Cette approche est justifiée, car le requérant s'était uniquement plaint sous l'angle du volet procédural de l'article 2 de la CEDH. Selon la Cour, l'enquête menée par les pouvoirs allemands était suffisamment prompte, indépendante et d'une célérité raisonnable[452]. Dans son analyse, elle a pris en compte le contexte de l'affaire. Les faits se sont déroulés pendant une phase d'hostilité active au cours d'un conflit armé[453]. En l'espèce, même si la Cour a relevé plusieurs défaillances dans les enquêtes[454], elle a estimé qu'elles n'ont pas été de nature à violer l'article 2 de la CEDH[455].

Les règles du DIH. Cette affaire est en réalité très intéressante sur le plan du droit international humanitaire. Les juges internes ont présenté une interprétation assez douteuse de ce droit qui peut être critiquée sur plusieurs plans. L'objectif n'est pourtant pas d'entrer dans les détails, fort intéressant certes, du droit international humanitaire. Au contraire l'on cherche à voir l'incidence de cet arrêt sur la question qui nous préoccupe. Par conséquent, ne seront examinés que les aspects du DIH qui ont une importance pour ce que nous avons appelé la contingence des normes.

Un aspect très important de l'affaire est le respect du principe de proportionnalité. Il est indispensable de souligner que la position du procureur général n'est pas tout à fait claire sur le rôle de ce principe. D'une part, il reconnaît que le colonel K. n'avait pas connaissance de la présence des civils et la question du principe de proportionnalité ne se pose même pas[456]. D'autre part, il laisse entendre que la frappe était licite, car, dans les circonstances de l'espèce, les dommages civils n'étaient de toute façon pas disproportionnés[457]. On ne sait donc pas si sa décision est finalement basée sur le principe de proportionnalité ou pas.

Une frappe illicite. Premièrement, nous sommes d'avis, contrairement à la position du procureur, que l'attaque était dès le départ illicite. Cette position a déjà été défendue par certains

---

[452] *Ibid.*, pp. 74-85.
[453] *Ibid.*, pp. 81-82, § 223.
[454] La Cour rappelle par exemple que le procureur n'a pas recueilli le témoignage du requérant avant de clore l'enquête. Il n'a pas non plus permis à son avocat d'accéder au dossier. *Ibid*., pp. 83-84, §§ 230-231.
La Cour regrette aussi que la première inspection des lieux ait été effectuée exclusivement par les forces de la PRT, alors sous le commandement du colonel K. *Ibid*., pp. 81-82, § 223.
[455] *Ibid*., p. 85, § 236.
[456] Voy. *ibid*., pp. 11-12, § 41. Voy. aussi *ibid*., pp. 10-11, §§ 37-39.
[457] Voy. *ibid*., p. 14, § 47. Voy. aussi p. 11, § 40 ; p.12, §§43-46.

membres de la doctrine[458] ainsi que par une partie de la société civile[459]. Mais nous n'avons pas à relever tous les arguments contre cette position et nous nous contentons de dire l'essentiel de cette argumentation. Les critiques de la position du procureur général sont aussi basées sur des motifs de faits. La plus importante de ces critiques est que les camions étaient immobilisés au moment des faits. Le procureur général est d'avis que le colonel allemand n'avait pas à attendre, car, une fois dégagé, le camion pouvait poser un risque aux soldats allemands réunis dans la base des équipes de reconstruction provinciale (PRT) à 7 kilomètres seulement des camions[460]. Or, il s'agit là d'une fausse urgence. Le camion était immobilisé et deux chasseurs F-15 américains l'avaient en vue. Cela étant, selon nous, la question de l'urgence ne pouvait se poser qu'à partir du moment où les camions étaient de nouveau mobilisés. En outre, même en acceptant le nombre de victimes reconnu par le Bundeswehr, on était face à 102 personnes sur les lieux. Nous ne sommes pas spécialistes en matière militaire, mais nous trouvons toujours suspect qu'un nombre aussi important de militaires aient été mobilisés simplement pour la protection de deux camions-citernes. Il est raisonnable de croire que les talibans aient voulu escorter ces camions qui pouvaient effectivement être utilisés pour faire exploser une cible quelconque. Mais le nombre de personnes nous semble disproportionné par rapport à l'intérêt militaire. De ce fait, nous sommes d'avis que le commandement allemand aurait dû prendre le temps nécessaire pour effectuer une mission de reconnaissance plus approfondie avant de donner l'ordre d'une frappe si mortelle. En l'espèce, il s'était surtout basé sur les rapports reçus par un informateur des forces alliées considéré comme étant fiable. Cet informateur leur aurait donc assuré que les personnes présentes sur place étaient toutes des militaires talibans[461].

Dommage v. fait illicite. Rien que dans ces exemples limités du respect de DIH dans cette affaire, la contingence est présente à tous les niveaux. En l'espèce, nous sommes face à un principe qui a un aspect subjectif inhérent, à savoir le principe de proportionnalité. On est aussi

---

[458] Voy. par exemple une brève critique des décisions allemandes par E. Henn sur EJILTalk : https://www.ejiltalk.org/individual-compensation-reloaded-german-liability-for-unlawful-acts-in-bello/
Voy. aussi l'analyse de P. Straski qui critique plutôt l'aspect procédural de la décision de la Cour fédérale de justice (der Bundesgerichtshof) et non pas la licéité de la frappe en tant que telle : https://www.ejiltalk.org/the-kunduz-affair-and-the-german-state-liability-regime-the-federal-court-of-justices-turn-to-anachronism/
Voy. aussi l'article très critique du Der Spiegel sur le sujet : https://www.spiegel.de/international/world/the-end-of-innocence-in-afghanistan-the-german-air-strike-has-changed-everything-a-648925.html

[459] Voy. par exemple la position du du European Center for constitutional and human rights (EECHR) dans un document intitulé « The Kunduz airstrike – German Armed Forces go unpunished », disponible ici : https://www.ecchr.eu/fileadmin/Q_As/QA_Kunduz_February2021.pdf

[460] CEDH, *Hanan c. Allemagne*, *op. cit*., p. 5, § 21.

[461] *Ibid.*, p. 6, § 23.

dans une zone dans laquelle, pour des raisons liées au conflit en cours, des enquêtes plus approfondies sont difficiles à mener.[462]. À cela, il faut ajouter une autre justification pour la responsabilité objective à savoir l'impossibilité d'obtenir certains éléments de preuve. En l'espèce, les détails techniques de l'opération militaire sont classés secret-défense et l'on est obligé de s'en tenir aux informations fournies par les forces armées sans pouvoir réellement examiner leur véridicité ou l'exhaustivité[463]. *In fine*, même si l'on avait accès à toutes les informations et si les faits étaient de nature à octroyer une certitude, le principe de proportionnalité est lui-même ce que nous appelons un principe contingent. Il s'agit d'un principe « *open-ended* », aléatoire même, qui peut se révéler difficile à mettre en œuvre. Comment attribuer une valeur mathématique à des vies humaines ? Comment peut-on affirmer la valeur militaire d'une cible et comment faire une corrélation entre cette valeur militaire et la vie des civils qui y ont été liés ? On a beau essayer « d'objectiviser » des critères pris en considération, le principe est toujours largement subjectif et dépendant (contingent donc) de l'appréciation du juge.

Le licite et le réparable. En outre, la norme primaire en question reste silencieuse sur le sort des victimes. Supposons que cette norme contestable et contingente (les deux vont souvent de pair) soit enfin appliquée. Qu'en-t-il des *dommages* imposés aux victimes ? Que l'acte soit « licite » est une chose, qu'il soit innocent ou non-dommageable en est une autre. Le droit « tolère » parfois des situations fort redoutables, moralement et philosophiquement, pour des raisons pragmatiques. Serait-il pourtant correct d'ajouter une seconde injustice à la première, consistant à enlever toute réparation aux victimes ? En l'espèce, l'Allemagne aurait payé 5000 euros seulement aux ayants droit des victimes pour chaque personne décédée[464]. Les Américains ont aussi accordé des sommes aussi dérisoires aux victimes « collatérales » de leurs frappes en Iraq et en Afghanistan[465]. Le chiffre et sa signification n'ont pas besoin d'être davantage commentés. Le dogme de l'illicite peut faire des ravages.

Un changement de paradigme. Ayant souligné les faiblesses du DIH en la matière, nous tenons à préciser la place de l'exemple donné en droit international public. Fort heureusement, les principes tels que celui de proportionnalité ne sont pas nombreux dans ce droit. Il ne faut pas prendre cet exemple, qui est parmi les plus extrêmes et les plus critiquables, pour la norme.

---

[462] Voy. par exemple *ibid.*, p.11, §40.
[463] *Ibid*., p. 9, § 34.
[464] Il s'agit d'une information donnée dans le rapport du European Center for constitutional and human rights, disponible sur leur site :
https://www.ecchr.eu/fileadmin/Q_As/QA_Kunduz_February2021.pdf
[465] Voy. *infra* le § 2 sur les bombardements américains.

Il s'agit plutôt d'une exception, fort critiquable, qui était pourtant nécessaire pour convaincre les États d'adhérer aux instruments pertinents de ce droit. Il est aussi très parlant pour l'argument que nous voulons exposer. Nous tenons pourtant à préciser qu'il s'agit là d'une situation exceptionnelle où, à cause des considérations politiques, les limites du droit international sont atteintes. Certes, l'exemple est fâcheux, mais il est aussi plutôt isolé.

Le concept de contingence, en revanche, est un concept omniprésent dans la discipline juridique. Le droit étant une science basée sur des abstractions et des raisonnements théoriques, le risque est toujours réel de négliger les faits matériels. C'est en cela que nous critiquons le paradigme actuel du droit de la responsabilité. Actuellement, ce paradigme tourne autour du fait illicite (notion abstraite et contingente donc) et non pas du dommage (notion concrète et beaucoup plus tangible). Certes, le dommage peut aussi se révéler difficile à évaluer dans les faits[466]. Il est aussi vrai que les dommages immatériels, fréquents en droit international, posent la même difficulté, inhérente aux notions abstraites. Or, dans la majorité des cas, le dommage est quand même une notion plus tangible, souvent matérielle qui traduit donc des pertes réelles. De ce fait, il mérite une place bien plus importante dans le contentieux de la responsabilité, *a fortiori* dans la responsabilité objective.

L'exemple qu'on vient de mentionner doit être complété par un autre, sur les bombardements américains. Ces derniers révèlent d'autres faiblesses d'une approche basée sur le laisser-faire étatique.

B. Les victimes imprévues d'une opération contre Al-Qaeda

Des otages bien cachés. Le deuxième exemple, assez similaire, concerne une frappe américaine sur un camp militaire d'Al-Qaeda, situé à la frontière entre l'Afghanistan et le Pakistan. En janvier 2015 un drone de la CIA a bombardé ce camp en ayant, selon l'armée américaine, pris toutes les précautions nécessaires pour éviter des dommages civils. Cependant, il s'est avéré que le groupe terroriste y avait caché aussi deux otages occidentaux dont on ignorait la localisation avant l'attaque. Il s'agissait de Giovanni Lo Porto et du docteur Warren Weinstein. Lo Porto était un humanitaire italien qui avait été kidnappé par Al-Qaeda en 2012. Il travaillait pour une ONG et il était engagé dans la reconstruction d'une zone à la suite d'inondations. Warren était un entrepreneur américain qui travaillait pour la U.S. Agency for International Development qui avait été kidnappé en 2011. De façon inattendue, cette attaque a également causé la mort d'un autre citoyen américain, cette fois un traitre à la patrie et activement recherché. Il

[466] Voy. *infra* Chapitre 7.

s'agissait d'Ahmad Farouq, un chef influent d'Al-Qaeda, particulièrement actif dans la propagande du groupe. Sa présence sur le site n'était pas non plus connue des services secrets américains[467].

Le respect du DIH. Dans ces circonstances, la question peut se poser de la « légalité » de cette opération. L'administration américaine a tenu à expliquer la procédure qui a été respectée pour s'assurer qu'il n'y aurait aucune victime civile dans l'opération. Le porte-parole de la Maison-Blanche, Josh Ernest, a déclaré que « *the operation was lawful and conducted consistent with our counterterrorism policies* »[468].

Cette déclaration a-t-elle été confirmée par le droit international ? La réponse n'est pas certaine. D'une part, le droit international n'exige en principe pas d'élément subjectif, l'intention, pour qualifier un acte de fait illicite. D'autre part, sauf à accepter que le dommage créé soit *ipso facto* un fait illicite, il est difficile de trouver une norme internationale qui aurait été violée. Ceci d'autant plus que le droit international n'interdit pas les victimes civiles collatérales, même quand les autorités étatiques ont connaissance d'un risque existant. Or, en l'espèce les autorités américaines n'avaient même pas connaissance des humanitaires pris en otage.

Un autre motif pour retenir la responsabilité américaine pourrait être l'absence de diligence due. Or, si l'on en croit les explications américaines, de très fortes précautions ont été prises pour éviter les victimes civiles. Justement, ici, on rencontre l'intérêt de la responsabilité objective. Au regard de l'importance politique de l'affaire, le président Obama avait ordonné la déclassification du principe même de l'opération. Différentes autorités américaines ont aussi tenu à expliquer les procédures qui ont été respectées afin d'éviter les victimes civiles[469]. Or, les détails de l'opération restent toujours confidentiels et il est pratiquement impossible que les autorités américaines acceptent de soumettre cette question à une juridiction quelconque, encore moins de s'en expliquer avec davantage de détails. De ce fait, on voit qu'ici aussi, la norme primaire en question, les principes de précaution et de proportionnalité n'offrent pas de réponse définitive.

Des réponses/réparations discriminatoires. Ce qui est intéressant, c'est la différence entre la réaction américaine par rapport aux victimes afghanes et iraquiennes. En l'espèce, le

---

[467] Cet exemple est tiré des chroniques de l'*AJIL*. Voy. Daugridas (K.) Mortenson (J. D.) (ed.), « The United States Makes Payment to Family of Italian Killed in CIA Air Strike », *AJIL*, Contemporary practice of the United States, vol. 111, n°1, janvier 2017, pp. 188-196. Les détails factuels, y compris les sources citées, sont repris de cette source.

[468] *Ibid.*, p.190.

[469] *Ibid.*, pp. 189-190.

président Obama a appelé personnellement le Premier ministre italien, Matteo Renzi, pour l'informer de l'incident. Fait rare, il a même tenu à s'excuser publiquement pour cette perte inattendue :

> « *As President and as Commander-in-Chief, I take full responsibility for all our counterterrorism operations, including the one that inadvertently took the lives of Warren and Giovanni. I profoundly regret what happened. On behalf of the United States government, I offer our deepest apologies to the families*. »[470]

Outre ces excuses, l'administration américaine, via son ambassade à Rome, est arrivée à un accord avec la famille de Lo Porto pour l'indemniser. Le montant officiellement annoncé est 1,2 million d'euros, mais le Washington Post a prétendu que le montant réellement payé a été 2,6 millions d'euros[471].

Ce montant doit être mis en parallèle avec des paiements effectués aux victimes locales des frappes américaines. En réalité, il existe une multitude de programmes et de lignes budgétaires pour indemniser les victimes civiles dans le cadre des opérations extérieures[472]. Nous n'avons pas trouvé de moyenne globale parmi les différents programmes. En revanche, la majorité des paiements tournent autour de 4 000 dollars et ils dépassent rarement les 10 000[473]. Pour donner une idée plus précise, on peut donner l'exemple des paiements effectués dans le cadre de *Commanders' Emergency Response Program* (CERP) en Afghanistan. Entre 2011 et 2013, l'armée américaine aurait payé 953 « *condolence payements* » pour un montant total de 2,7 millions de dollars aux victimes civiles. Pour les cas de décès, le montant moyen est de 3, 426 de dollars par victime. Ce montant est de 1,557 de dollars pour les blessures. Ces paiements sont effectués en fonction des cas d'espèce, par exemple les frais médicaux ou la perte de revenu[474].

---

[470] *Ibid.*, p 189.

[471] Miller (G.), Jaffe (G.), U.S. Agrees to Pay Nearly $3 Million to Family of Italian Killed in CIA Strike, Washington Post, 16 septembre 2016, disponible sur le site de Washington Post : https://www.washingtonpost.com/world/national-security/us-agrees-to-pay-nearly-3-million-to-family-of-italian-killed-in-cia-strike/2016/09/16/5c213af6-7c1a-11e6-bd86-b7bbd53d2b5d_story.html

[472] Voy. un aperçu des différents programmes sur le site du United States Government Accountability Office (GAO) :
https://www.gao.gov/products/gao-07-699
Voy. aussi le rapport du GAO au Congrès, The Department of Defense's Use of Solatia and Condolence Payments in Iraq and Afghanistan, GAO-07-699, mai 2007.

[473] Voy. pour plus d'informations Tracy (J.), « Compensating Civilian Casualties : "I am Sorry for your Loss,and I Wish You Well in a Free Iraq" », A Research Report Prepared for the Carr Center for Human Rights Policy and Campaign for Innocent Victims in Conflict ; Gluck (M.), « An Examination of U.S. Military Payments to Civilians Harmed During Conflict in Afghanistan and Iraq », disponible ici :
https://www.lawfaremedia.org/article/examination-us-military-payments-civilians-harmed-during-conflict-afghanistan-and-iraq

[474] Burke (R.), Lattimer (M.), « Reparations for civilian harm from military operations: Towards a UK policy », Ceasefire Centre for Civilian Rights, décembre 2021, p. 24.

La responsabilité objective est la vitrine d'un ordre mondial injuste et biaisé. Il est difficile d'imaginer des exemples plus criants pour en témoigner[475].

Les paiements *ex gratia.* En dehors du montant des sommes payées, il faut aussi savoir que les Américains n'ont pas voulu créer un précédent, dangereux à leurs yeux. La grande majorité des paiements effectués dans les différents programmes gouvernementaux sont des paiements *ex gratia*. Les victimes peuvent choisir de refuser ces montants et d'intenter une procédure judiciaire, mais ces procédures ont en réalité peu de chance d'aboutir. Au départ, il faut avoir les moyens matériels de se permettre une telle procédure. Ensuite, dans le cadre de ces procédures, les victimes ont en général besoin de prouver la faute de la personne responsable[476]. Or, il s'agit là de zones de conflit où les victimes se trouvent souvent dans une situation défavorisée.

Pour revenir à l'affaire Lo Porto, ce montant a aussi été présenté sous forme d'un paiement *ex gratia* :

> « *[t]he United States of America ... propose[s]* to donate as an ex gratia payment in the memory of Mr. Giovanni Lo Porto … »[477]

Ces paiements sont en réalité des réparations qui ne portent pas leur nom. En ce qui concerne les « *condolence payments* », les paiements seraient des « *gifts of sympathy* »[478]. Indemnisations *ex gratia*, « *gifts of sympathy* », paiement « *in memory of the victims* », autant de formules confuses pour « réparer » les ayants droit sans vraiment assumer sa responsabilité. C'est une chimère, une responsabilité irresponsable qui pèse lourd sur le dos des victimes innocentes.

---

[475] Pour d'autres critiques de l'approche américaine dans la réparation des victimes de guerre voy. Keenan (M.), « Backgrounder : US "Condolence" Payments », juin 2010, disponible en ligne sur le site de Center for civilians in conflict : https://civiliansinconflict.org/wp-content/uploads/2017/09/Backgrounder-US_Condolence_Payments_2010.pdf
Voy. aussi Emmons (A.), « The Pentagon Has a New Process for Paying for Civilian Deaths — but Is Still Slow to Acknowledge Them », publié en ligne sur The Intercept : https://theintercept.com/2020/07/27/pentagon-cilivian-deaths/ ;

[476] Il existe aussi des procédures prévues dans le cadre du *Foreign Claims Act*. Ces procédures permettent des montants de réparation bien plus importants. Néanmoins, elles ont deux principaux inconvénients. Premièrement, elles ont un champ d'application restreint notamment du fait d'être limitées à « *non-combat activities* » de l'armée. Deuxièmement, elles exigent la preuve d'une faute ou d'une négligence. Or, l'une et l'autre sont difficiles à apporter quand on a affaire à une armée étrangère qui ne partage pas les détails de ses activités.
Voy. pour davantage d'informations Burke (R.), Lattimer (M.), « Reparations for civilian harm from military operations:Towards a UK policy », *op. cit.*, pp. 20-23.

[477] Daugridas (K.) Mortenson (J. D.) (ed.), « The United States Makes Payment to Family of Italian Killed in CIA Air Strike », *op. cit.*, pp. 189-190.

[478] Voy. Tracy (J.), « Compensating Civilian Casualties : "I am Sorry for your Loss,and I Wish You Well in a Free Iraq" », *op. cit.*, p. 63.

La position de la doctrine sur le paiement *ex gratia*. Certains autres membres de la doctrine ont aussi exprimé leur doute quant à la qualification des paiements *ex gratia.* Même certains opposants à l'existence d'une règle coutumière admettent qu'il ne faut pas les écarter d'un revers de main. Ces derniers ont concédé que ces paiements ne sont pas tout à fait anodins et qu'ils peuvent contribuer à la création d'une règle coutumière[479]. L'un d'entre eux rapporte la position d'un membre de la CDI qui est particulièrement éloquent en la matière :

> « Les États sont parfois prêts à compenser des pertes et des dommages en payant une somme d'argent sans vouloir admettre qu'il s'agit là d'une indemnisation. Les États qui acceptent ce qu'on appelle par conséquent des paiements *ex gratia* savent parfaitement que ces paiements sont destinés à les indemniser. Ainsi, ce qui était hier un paiement *ex gratia* deviendra demain une obligation. »[480]

Le rapporteur spécial Barboza est du même avis. Il rappelle à juste titre que les États sont responsables de l'argent public et qu'ils ne peuvent pas le dépenser n'importe comment. Au regard de l'importance de son propos, il est préférable de le rapporter en entier :

> « *.. ex gratia payments strongly suggest the State of origin's inner conviction regarding its liability: they would not be made but the belief that some sort of compensation is due in law. Governments are not prone to give public money away and, although they enjoy certain discretion in matters of foreign relations, expenses incurred must be justified internally at least as having some legal ground.* The expression "compassionate" qualifying "responsibility" - as used by U.S Government in Rongelap Atoll case - seems hardly enough to deprive the word responsibility of all its legal weight *and leaves floating in the air a suggestion that legal accountability has not been entirely alien to the decision of compensating the damage. »*[481]

On ne peut mieux résumer l'importance de ces paiements dans l'établissement de la volonté étatique. Goldie quant à lui croyait dans une *opinio obligatis* :

> « *if not* opinio necessitatis, *then* opinio obligatis *(i.e, a feeling of moral obligation rather than a motive of mere diplomatic expedience). Such a sense of obligation possesses a normative quality which mere action from expedience lacks. This normative quality, being on the border-line of the law and morals,* reflects at least the possibility of an emerging rule of law. »[482]

Nous partageons cette position. Une interprétation objectiviste aboutirait même à accepter une règle déjà existante. Cependant, même avec une approche volontariste, le « potentiel normatif »

---

[479] Nègre (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement, op. cit.*, p. 207.
[480] *Ann. CDI*, 1981, vol. I, 1686e séance, p. 210, § 24, M. Sucharitkul. Cité par Nègre (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement, op. cit.*, p. 208.
[481] Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 63. Italiques ajoutés.
Pour voir un avis contraire, voy. la position du groupe spécial créé dans le cadre de la CDI pour qui « la tendance à réclamer une indemnisation [*ex gratia* était] d'ordre pragmatique, au lieu d'être fondée sur une théorie cohérente de la responsabilité »
ACDI, vol. II (2e partie), doc. A/51/10, 1996, annexe I, § 32 du commentaire de l'article 5, p. 126.
[482] Goldie (L.F.E), « Liability for damage and the progressive development of international law », *op. cit.*, p. 1232,

de ces paiements ne peut pas passer inaperçu. Si la coutume *de lege lata* est difficile à défendre, une règle *in statu nascendi* est indéniable.

Conclusion de la Section 2

L'ampleur de la contingence. Ce chapitre a été construit autour d'une proposition doctrinale, la contingence de *certaines* normes primaires. Ses exemples ont pourtant pris une tournure inattendue, même pour le rédacteur de ces lignes. Étant parti d'une idée au départ simple, on a été confronté à une réalité bien plus stupéfiante. Les « Crits » nous avaient avertis du caractère « *open-ended* » du droit international depuis bien longtemps[483]. Reste à savoir ce qu'est le sens exact de la contingence. Il faut déterminer si elle est liée aux normes primaires (en partie ou intégralement), au processus d'interprétation ou à autre chose. Notre objectif n'est pas de critiquer les théories critiques, mais plutôt de nous en inspirer afin de lever le voile sur les insuffisances de la théorie classique de la responsabilité internationale.

Les limites de la contingence. La réponse dépend de la conviction de chacun face à son objet d'étude. Quant à nous, nous n'avons jamais été vraiment convaincus par la contingence du droit international dans le sens de l'indétermination inhérente de toutes les normes primaires[484]. Ce concept revient à nier l'existence des normes « sûres » ou véritablement « déterminées » qui peuvent fonder un droit véritablement prévisible. Nous sommes pourtant d'avis, et cette conviction est lourde de conséquences, que les normes du droit international sont pour la plupart bien déterminées et déterminables[485]. La contingence dépend souvent de l'interprète

---

[483] Cette idée est par exemple présente dans un grand nombre des écrits de M. Koskenniemi sur le droit international. L'indétermination et la contingence (parfois présentées sous d'autres appellations) sont au cœur de sa vision du droit international. Voy. par exemple Thibault (J-F.), « Martti Koskenniemi : Indeterminacy », disponible ici :
https://criticallegalthinking.com/2017/12/08/martti-koskenniemi-indeterminacy/
Il convient de préciser que M. Koskeniemi n'entend pas la contingence exactement dans le même sens que celui présenté dans cette thèse mais plutôt dans un sens lié à l'interprétation ontologique du droit.

[484] Pour une vision apparemment proche voy. :
« *As pointed out above, the fluidity of international law does not deny the fact that there exists at any one time a professional consensus or a mainstream answer to any particular problem. Although, logically speaking, all positions remain open and contrasting arguments may be reproduced at will, in practice it is easy to identify areas of relative stability, moments where a mainstream has consolidated or is only marginally threatened by critique. Professional competence in international law is precisely about being able to identify the moment's hegemonic and counter-hegemonic narratives and to list one's services in favour of one or the other*. »
Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, *op. cit*, p. 607. Voy. aussi *ibid.*, pp. 590-591, 616-617.

[485] O. Corten a présenté une démonstration fort intéressante de la nécessité, pour les autorités politique, d'entretenir l'image d'un droit véritablement prévisible et objectif :
« Finalement, la persistance d'un registre légaliste spécifique de légitimité se comprend fort bien. Si on admet que l'attrait du registre juridique se résume aux différences essentielles qui, en tout cas en apparence, le distingueraient des registres politique ou moral…il est logique de penser que les autorités politiques ont tout intérêt à continuer à défendre l'image d'un droit formel, qui a par principe vocation à rester formellement détaché des considérations morales et politiques … Il faut cependant insister une fois encore sur la circonstance que, ce qui importe en matière de légitimation, *est moins la réalité que la présentation qui en est faite* [italiques ajoutés], ainsi que la perception qui en résulte. L'essentiel est que les gouvernés *croient* que le droit offre un cadre de référence unique à interprétation objectivante, même si, en réalité, tel est loin d'être le cas. Si le droit était perçu comme se réduisant

(« *interpreter* »/« *observor* ») et non pas de la norme interprétée (« *interpreted* »/ « *oberservee* »). Tout et son contraire peuvent être défendus[486], certes, mais la « possibilité » ne vaut pas la « réalité »[487].

La réalité de la contingence. Il n'empêche que la contingence est un phénomène bien réel. Elle peut se trouver partout. Dans le sujet qui nous intéresse, elle est dans la nature même de *certaines normes* primaires. Elle est dans les faits qui constituent le contexte d'application et de l'interprétation de la norme. Elle est, selon nous, un caractère indéniable du juriste-interprète. Elle est, plus loin encore, entremêlée à l'existence même de la coutume.

L'incidence de la contingence. Elle est considérable. L'exclusion du fondement de la responsabilité au seul fait illicite laisse en suspens nombre de situations critiques qui lui sont soumises. La contingence est parfois la volonté assumée du législateur. La proportionnalité, l'équité, le raisonnable, le suffisant sont souvent des « cache-misère »[488]. Ils résultent de l'impossibilité pour le législateur d'interdire un mal que les États tiennent à cœur. Incapable de régler le problème *a priori*, le législateur le transmet au juriste infortuné qui devra interpréter la norme *a posteriori*. L'impasse est toujours là, elle est seulement décalée. C'est l'essence même des démarches entreprises par les États et même par la CIJ pour les essais nucléaires ou la protection des civils en temps de guerre.

Cela étant, hélas, au remède éphémère, la convalescence incertaine. Tout juriste sérieux le sait, une certaine dose d'ambiguïté conditionne le fonctionnement du Système[489]. Cette ambiguïté peut pourtant coûter cher au justiciable. Le droit le laissera-t-il seul dans sa misère ? Cela dépend, en tout cas, en droit international, de la volonté des États. Cette volonté est pourtant elle-même contingente. Tantôt compatissants, tantôt orgueilleux, les États réparent qui ils veulent, comme ils veulent. La réparation est avant tout politique. Face à une pratique étatique si fluctuante et incertaine, il est impossible de défendre une norme coutumière *de lege lata*. Ce

---

à un discours pouvant être interprété de manière variée, suivant les opinions politiques particulières, il perdrait l'essentiel de sa force de légitimation. »
Corten (O.), *Le discours du droit international : pour un positivisme critique*, *op. cit*, pp. 66-67.

[486] Selon O. Corten, en droit international, « on peut, *a priori*, dire n'importe quoi, même si on ne peut pas le dire n'importe comment ».
Ibid., p. 43.

[487] M. Koskenniemi insiste également sur l'importance du processus d'interprétation, qui semble être au cœur de cette contingence. S'inscrivant dans le contraste entre « l'apologie » et « l'utopie », il présente le droit comme un outil, un langage que le juriste, en maîtrisant sa « grammaire », peut utiliser en fonction de ses convictions.
Voy. notamment Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, *op. cit.*, pp. 605-610.

[488] Voy. par exemple une analyse des difficultés inhérentes à l'usage du critère « raisonnable » dans Corten (O.), *Le discours du droit international : pour un positivisme critique*, *op. cit*, pp. 233-262.

[489] Voy. une argumentation détaillée en faveur de cette prétention dans *ibid.*, pp. 590-595.

qui peut être défendu, en revanche, est le besoin d'une certaine forme de protection pour les victimes innocentes. Nous n'en faisons pas notre commerce. La prévention, la précaution, la responsabilité objective : peu importe le moyen, tant que les dommages ne restent pas tout simplement oubliés.

Section 3 : Les cas concernant l'exclusion ou la mise en doute de l'illicéité

Il existe des exemples de la responsabilité objective qui concernent la réparation en présence d'une circonstance excluant l'illicéité (ci-après une CELI). Les indemnisations faites en présence des CELI posent de sérieuses questions sur la nature des obligations étatiques. Premièrement, il faut dire que l'exclusion de la licéité n'est pas certaine dans tous les cas. Il existe aussi des cas intermédiaires où l'illicéité est simplement mise en doute. Ensuite, et même en cas d'exclusion certaine d'illicéité, la qualification des « indemnisations » faites par les États n'est pas chose aisée. Il n'est pas certain que ces « indemnisations » soient de véritables « réparations » au sens du droit de la responsabilité. Il n'est pas non plus certain qu'elles soient effectuées sur la base de la responsabilité objective. De ce fait, après avoir examiné les exemples de la pratique étatique (§1), il faut absolument examiner la nature des mesures prises par les États (§2). Nous verrons que dans ce cas de figure, la difficulté principale n'est pas de trouver les éléments de la coutume, mais plutôt de qualifier les pratiques étatiques comme étant incluses dans la responsabilité objective. C'est la raison pour laquelle, le deuxième paragraphe, même s'il est purement doctrinal, s'impose pour mieux saisir la règle coutumière examinée.

§1 La pratique étatique en cas d'exclusion ou de mise en doute de la licéité

La pratique étatique en présence d'une CELI peut être regroupée sous deux catégories. La première concerne les exemples unanimement acceptés de l'exclusion de l'illicéité (A.). La deuxième concerne des cas où l'exclusion de l'illicéité n'est pas certaine (B.).

A. La réparation en présence de circonstances excluant l'illicéité

L'importance numérique des cas de *force majeure*. La majorité des cas dans cette catégorie concernent la *force majeure*. Cela n'empêche pas que d'autres types de circonstances excluant l'illicéité posent exactement la même problématique. Il en est ainsi dans l'exemple des essais nucléaires américains dans les îles Marshall, déjà mentionné. En l'espèce, le gouvernement américain avait obtenu préalablement le consentement de la population locale. Par conséquent, les paiements effectués, s'il s'agissait d'une réparation, pourraient être couverts par la responsabilité objective.

Pour revenir à l'idée de *force majeure*, l'on peut évoquer deux exemples relatifs à la rivière Moura (1.) et aux champs de mines austro-hongrois (2.).

1. La rivière Moura ou un cas répété de force majeure

Les faits. Le premier exemple concerne la pollution créée par des centrales hydroélectriques autrichiennes dans la rivière Moura. Cette rivière constituait alors la frontière internationale entre l'ex-Yougoslavie et l'Autriche. Dans le cas d'espèce, on était face à une très forte inondation qui a obligé les centrales autrichiennes à drainer une partie de leur réservoir pour éviter une catastrophe encore plus importante. Pourtant, le résultat prévisible du drainage a mené à une augmentation sensible du niveau des eaux de l'autre côté de la frontière. Par conséquent, plusieurs fabricants de papiers ainsi que des pêcheurs ont subi des dommages significatifs. En réponse à la demande yougoslave, le gouvernement autrichien a accepté de réparer des pertes économiques sous forme pécuniaire, mais aussi de délivrer une quantité de papier aux fabricants en question. Cette réparation a été effectuée sans qu'il soit fait référence à la violation d'une norme primaire[490].

Une véritable réparation. Cet exemple démontre encore une fois que les États ne sont pas indifférents face aux dommages créés à partir des activités sous leur juridiction. En outre, l'existence d'un élément excluant l'illicite, en l'espèce la *force majeure*[491], n'empêche pas forcément la réparation des dommages causés. Ce précédent est aussi intéressant, car la réparation a été effectuée directement par l'État autrichien et non pas l'exploitant des centrales hydroélectriques en tant que tel[492]. Autrement dit, l'État autrichien accepte de réparer un dommage qu'il n'a pas causé lui-même. Il faut aussi savoir que la question a été réglée dans le cadre de la Commission permanente austro-yougoslave pour la rivière Moura. Bien entendu, ce cadre conventionnel n'empêche pas en soi son importance dans le cadre d'une éventuelle règle coutumière.

Horbach a rapporté un exemple similaire concernant la pollution de la rivière Oder en 1986. Il s'agissait d'une pollution accidentelle qui trouvait son origine en Pologne et qui avait causé des dommages dans la République tchécoslovaque. Ici aussi, il n'était pas question du fait illicite, mais uniquement du dommage. La Pologne a accepté de payer 3,3 millions de roubles à titre *ex gratia*[493].

---

[490] Les faits sont rapportés dans plusieurs sources doctrinales. Voy. par exemple l'Étude de 1995 de la CDI, p. 101, §190 ; Horbach, (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.,* pp. 274-275.
[491] Voy. l'article 23 des Articles de 2001 et les commentaires y relatifs.
[492] Voy. Horbach, (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.,* p. 275.
[493] *Ibid.*

2. Les champs de mines austro-hongrois

Les faits. Dans les années 1940, le gouvernement hongrois avait posé des mines le long de la frontière avec l'Autriche. L'objectif affiché par le gouvernement hongrois était d'empêcher le passage clandestin entre les deux États. Le gouvernement autrichien, quant à lui, craignait qu'à la suite d'événements naturels, telles les inondations, ces mines puissent être transportées sur son territoire. Cette crainte s'est révélée justifiée en ce que deux explosions ont eu lieu à cause de ces mines transportées. Les deux accidents ont donné suite à de vives réactions du gouvernement autrichien. Celui-ci a accusé la Hongrie « d'avoir violé le principe juridique internationalement reconnu selon lequel les mesures prises sur le territoire d'un État ne doivent pas mettre en danger la vie, la santé et les biens des ressortissants d'un autre État. »[494] À l'Autriche d'ajouter le « principe de bon voisinage » pour demander la rétraction des mines en question.

Le fondement de la responsabilité. Cet exemple peut aussi être interprété de différentes manières. Les opposants à la responsabilité objective y verront une violation de la diligence due. La pose de mine dans une zone transfrontalière peut être comprise comme une activité contraire au principe de prévention. Ceci d'autant plus que, vraisemblablement, la géographie de la zone se prêtait à un déplacement des mines. Cependant, en réalité, il semble qu'il n'existe aucune violation de droit international dans ce cas de figure. La pose de mine dans les zones transfrontières était une pratique fréquente de l'époque. En outre, même si danger il y en avait, ce sont finalement des événements de *force majeure* (des inondations) qui ont été véritablement à l'origine des accidents. La *force majeure* étant une circonstance excluant l'illicéité[495], on se retrouve inévitablement face à une norme primaire de réparation.

Dans cet exemple, comme pour la plupart d'autres exemples dans ce domaine, l'État victime (l'Autriche) se base sur certains arguments classiques. Il s'agit du principe de bon voisinage ainsi que du principe de prévention qui s'appliquerait, selon elle, à défaut d'un fait illicite quelconque. En ce sens, sa position est plutôt favorable à l'existence d'une obligation de réparation sans fait illicite, même si elle n'est pas exprimée aussi clairement que celle du gouvernement canadien. La Hongrie quant à elle avait refusé de déplacer les mines en question dans un premier temps. Ce n'est qu'à la suite de la deuxième explosion qu'elle a accepté de retirer ou de déplacer ces mines pour éviter des dommages futurs. En l'absence d'une demande

[494] Cité *in* l'Étude de 1995, pp. 100-101. L'exemple est d'ailleurs tiré de cette même source.
[495] Voy. l'article 21 des articles de 2001 ainsi que les commentaires y relatifs.

de réparation, la Hongrie n'a payé aucune somme (l'Autriche avait seulement demandé la rétraction des mines)[496].

Après avoir examiné les exemples certains de CELI, il convient de se pencher sur un autre cas de figure, concernant la simple mise en doute de la licéité.

B. La mise en doute de l'illicéité

Au contraire des exemples classiques de CELI, il existe d'autres circonstances dont l'effet sur la licéité n'est pas certain. Ces cas ne sont d'ailleurs pas énumérés parmi les circonstances excluant l'illicéité, dans les Articles de 2001[497].

1. Les canons suisses ou l'exemple de l'erreur

Une « violation involontaire ». Cet exemple concerne un accident involontaire entre la Suisse et le Liechtenstein. En octobre 1968, lors d'un exercice de tir, l'artillerie suisse a tiré, par erreur, quatre coups de canon en direction du territoire de Lichtenstein. À la suite de cet accident, le gouvernement suisse s'est déclaré prêt à réparer l'ensemble des dommages involontairement causés. En s'adressant au Gouvernement liechtensteinois, elle a exprimé ses regrets pour la « violation involontaire de son territoire »[498]. Elle s'est aussi engagée à prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher la répétition de tels accidents[499]. Si l'on acceptait ce cas comme une véritable CELI, il apporterait la preuve que la réparation ne se limite pas à la seule indemnisation et peut inclure les mesures regroupées sous la satisfaction.

Ici, la problématique est assez proche de celle de l'exemple précédent. Les opposants à la responsabilité objective y verront probablement un exemple de la responsabilité pour fait illicite. L'un d'entre eux s'est effectivement basé sur la position suisse, qui a regretté une violation involontaire de la souveraineté de Lichtenstein[500]. Ils pourraient y ajouter les garanties de non-répétition données par la Suisse, comme conséquence du fait illicite. Or, avec cette analyse, ils se trouvent dans un véritable piège. En l'espèce, aucun dommage aux personnes ou aux biens n'a été rapporté. Par conséquent, si fait illicite il y en avait, il dépendrait de la simple entrée des boulets de canon sur le territoire de Liechtenstein. L'admission de cet exemple

---

[496] Pour voir davantage de détails, voy. Handl (G.), « Conduct of abnormally dangerous activities in frontier areas: the case of nuclear power plant siting », *Ecology Law Quarterly*, vol. 7, 1978, pp. 23 et 24, cité *in* l'Étude de 1995, p. 101.

[497] Voy. les Articles de 2001, les articles 20-27.

[498] L'Étude de 1995, p. 101, § 185

[499] L'exemple est rapporté par l'Étude de 1995, p. 101, § 185. Il est aussi rapporté par la doctrine hors CDI. Voy. par exemple Nègre (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement*, *op. cit.*, p.195.

[500] Nègre (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement*, *op. cit.*, p.195.

comme un fait illicite sera donc lourde de conséquences. *A fortiori*, dans de nombreux autres exemples où un dommage matériel sensible a été créé, la simple création du dommage serait un fait illicite. Ces dommages seraient *a fortiori* des violations de la souveraineté de l'État victime.

2. Les exercices militaires français

Dans un exemple similaire en 1982, l'armée française avait entrepris des exercices militaires à la frontière avec Suisse. À la suite des dommages accidentels au cours de ces exercices, le gouvernement français a décidé de suspendre ces exercices. Cette suspension a été prolongée le temps de prendre des mesures nécessaires afin d'empêcher la reproduction des dommages sur le territoire Suisse[501].

3. Les cas d'incertitude scientifique

Un exemple qui peut être inclus dans cette catégorie concerne les cas d'incertitude scientifique. Il s'agit d'un autre terrain fertile pour les cas de la responsabilité objective. Ces dernières années, la doctrine a débordé de publications sur la responsabilité internationale liée à la pandémie[502]. Même si la question pouvait se poser, nous ne souhaitons pas examiner la pertinence de la responsabilité objective pour une responsabilité éventuelle de la Chine. Ce qui nous intéresse davantage est un scénario où un vaccin quelconque pourrait produire des effets néfastes à l'avenir, même sur un groupe limité de personnes, déjà fragiles. Tout le monde connaît le contexte dans lequel les vaccins ont été fabriqués et utilisés. Connaissant ce contexte, il est probable qu'on ne puisse pas démontrer la violation d'une norme primaire quelconque. Le dommage serait pourtant réel. Dans ce cas de figure, notamment dans les pays où la vaccination a été *de facto* imposée, la responsabilité serait très probablement de nature objective.

Fort heureusement, les risques de la survenance d'un tel dommage sont minimes. En réalité, cet exemple n'a été choisi qu'au regard de sa valeur démonstrative. Si les risques de ce dommage en particulier sont minimes, les risques des dommages similaires dans toute une série d'autres domaines scientifiques sont bien réels. C'est là le rôle central de la responsabilité objective, se

---

[501] P. Guggenheim, « La Pratique suisse (1956) », *Annuaire suisse de droit international*, Zurich, 1975, vol. XIV, p. 168, cité *in* par Barboza, *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 58.

[502] Les exemples sont nombreux. Voy. Ormsbee (M.), « State Liability for a Mishandled Response: Strategic Remedies on the Heels of COVID-19 », *Marq. L. Rev*., vol. 104, n° 1, Fall 2020, pp. 227-246 ; Durđević(D.), Stevanović (M.), « Potential international liability of states for their acts in facing covid-19 pandemic », *Megatrend revija*, vol. 19, n° 3, pp. 155-170 ; Bergkamp(L), « State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law », *Eur J Risk Regul*, avril 2020, n° 2, pp.1–7.

baser sur le concret, le dommage, et non pas le simple fait illicite. Dans un monde où la technologie et l'industrie se développent de plus en plus vite, les *risques* sont à la hauteur de l'ambition humaine. *De lege lata* ou *de lege ferenda*, le besoin de la responsabilité objective est réel pour pouvoir confronter ces risques.

§2 La nature des mesures prises en cas d'exclusion ou la mise en doute de la licéité

À l'image des autres catégories de réparation déjà mentionnées, les indemnisations effectuées en présence de CELI sont particulièrement difficiles à qualifier. Il n'est donc pas clair s'il existe une obligation d'indemnisation dans ce cas de figure. Plus encore que pour les catégories précédentes, la qualification de ces mesures exige un débat théorique approfondi. Bien que ce débat soit d'ordre doctrinal, il trouve toute sa place dans ce chapitre consacré à la coutume, car il est impossible de comprendre pleinement la portée des exemples mentionnés sans une qualification juridique précise.

Nous défendons la position selon laquelle les mesures entreprises en présence d'une CELI sont, en principe, de véritables « réparations » effectuées sur le fondement de la responsabilité objective. La meilleure manière de défendre cette position est de la présenter en réponse à des théories qui s'y opposent. Il faut commencer par dire qu'il s'agit là d'un débat théorique très complexe. Pour comprendre la position de la doctrine sur le sujet, il convient de commencer par l'examen des catégories de CELI, telles qu'effectuées par J. Crawford. Même si nous ne sommes pas d'accord avec la thèse sous-jacente de Crawford, nous trouvons un grand intérêt dans cet effort de catégorisation. Elle nous permet surtout de distinguer entre les différents types de CELI qui ne sont pas de même nature et qui n'ont donc pas les mêmes conséquences. Après avoir présenté ces catégories (A.), il convient d'examiner les thèses opposées à l'admission de la responsabilité objective comme fondement de réparation en présence des CELI. Il s'agit avant tout de la position de Crawford qui est, sans surprise, retenue par les Articles de 2001 (B.). Il s'agit ensuite de la position de M. Forteau qui a proposé une lecture à mi-chemin de ce que nous défendons et de ce que défend le rapporteur spécial Crawford (C.).

A. Les catégories de CELI selon Crawford

La vision de Crawford. Crawford est d'avis que tous les exemples de CELI ne pouvaient pas résulter dans une obligation de réparation. Il distingue donc entre deux catégories, à savoir les « justifications » et les « excuses ». Dans la première, les actes en question n'étaient pas

seulement licites, mais aussi « justifiés ». Par conséquent, aucune réparation ne pouvait être imposée à l'État qui les a effectués. Il donne l'exemple de la légitime défense[503] et des contre-mesures. Ces actes sont en réalité une réponse à un fait illicite antérieur. Dès lors, réparer leur conséquence était à la fois illogique et une prime au fait illicite initial[504].

Les excuses, quant à elles, devaient en principe s'accompagner de réparation. Il donne l'exemple d'un navire perdant du carburant qui entre dans la mer territoriale d'un État étranger. Imaginons qu'en situation de détresse, il soit obligé de déverser une quantité de carburant dans la mer. Dans ce cas, la détresse pourrait exclure l'illicéité, mais ne devrait pas en principe exclure la réparation. L'État côtier, innocent, ne devrait pas subir les conséquences de cette détresse[505]. En témoigne la position de la Hongrie dans l'affaire *Gabčikovo.* Ayant invoqué la nécessité, la Hongrie avait pourtant reconnu expressément que l'état de nécessité ne l'aurait pas dispensée de devoir dédommager son partenaire[506].

La *force majeure* et le consentement. Crawford a aussi envisagé un cas plus incertain, concernant la *force majeure*. Selon lui, elle pourrait (« *arguably* » comme il dit) être assimilée à des « excuses » et non pas à des « justifications ». En effet, et chaque mot est choisi avec grand soin, il n'est pas certain que la *force majeure* puisse rendre l'acte en question licite. Elle ne fait que « l'imposer »[507]. L'exclusion de l'illicéité ne vaut donc pas forcément la licéité. En outre, selon Crawford, la *force majeure* présente une différence majeure avec la nécessité[508] et la détresse. Au contraire de ces dernières, dans les cas de *force majeure*, aucun élément volontaire ne peut être attribué à l'auteur des dommages. En effet, dans les cas de nécessité et de détresse, l'auteur du dommage agit de manière « volontaire », mais sous contrainte[509]. Il n'en est rien pour la *force majeure* qui, du fait de sa définition, échappe au contrôle de l'auteur du dommage. Au regard de ces caractéristiques, il est sceptique quant à la réparation en cas de *force majeure*. Cela dit, son propos est toujours moins définitif que pour ce qui est des véritables justifications. Il émet des doutes sans refuser catégoriquement l'exigence de la responsabilité[510].

---

[503] Cassella (S.), « D'une Excuse a une Exception : La Légitime Défense depuis 1919 », *Revue Belge de Droit International*, vol. 53, n°1, 2020, pp. 155-166

[504] Crawford (J.), *State responsibility*, CUP, 2013, pp. 274-281, 318-320.

[505] *Ibid*, p. 318; 303-305

[506] CIJ, *Projet Gabčikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), *op. cit.*, p. 39, § 48.

[507] Voici le texte original de Crawford :
« *Yet even then it is doubtful that* force majeure *(arguably also an excuse in that it does not clearly render conduct lawful; it just compels it) can give rise to an obligation to compensate*. »
Crawford (J.), *State responsibility*, CUP, 2013, p. 319.

[508] Pour une analyse approfondie du concept en droit international voy. Cassella (S.), *La nécessité en droit international : de l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Boston-Leiden, Martinus Nijhoff, 2011

[509] *Ibid.*, p. 319.

[510] *Ibid.*

Enfin, pour ce qui est du consentement de l'État victime, Crawford est d'avis que l'indemnisation, s'il y en avait une, devrait être prévue par un accord préalable des parties[511].

L'incidence de ces catégories sur la responsabilité objective. Sauf pour la *force majeure*, nous adhérons aux catégories de Crawford. Pour les justifications, nous sommes d'accord avec lui qu'il n'y a pas lieu de réparer les dommages ainsi créés. Cela dit, Crawford lui-même avait envisagé une situation où la légitime défense ou la contre-mesure portent atteinte, accidentellement, à un État tiers[512]. Il ne prescrit pourtant rien pour ce cas de figure. Selon nous, autant les dommages créés à l'État ciblé peuvent être justifiés, rien en droit positif ne permet d'imposer des dommages, même involontaires, à un État tiers. Cependant, il faut avouer qu'il s'agit là d'une simple proposition doctrinale et que le droit positif n'apporte pas de réponse claire dans cette situation.

La question est aussi complexe concernant la *force majeure.* Ici aussi, il faut reconnaître la difficulté de trouver une réponse définitive en droit positif. Cependant, si l'on suit la logique générale du droit de la responsabilité, l'exclusion systématique de toute réparation ne semble pas appropriée. Nous distinguons entre deux situations pour prendre position quant à la nécessité de la réparation. La première concerne des activités dangereuses et la deuxième toutes les autres activités. Pour les activités dangereuses, la pratique étatique montre des signes positifs quant à la réparation de ces dommages[513]. Cette position étatique se comprend au regard du caractère dangereux de l'activité dommageable. Il est normal que la personne qui tire profit d'une activité dangereuse en assume aussi les aléas. Cependant, si la *force majeure* a causé un dommage qui ne peut pas être rattaché à une activité dangereuse, l'argumentation de Crawford est plus difficile à contrecarrer. Dans ce cas, la réparation ne peut se justifier qu'en adoptant une interprétation extensive de la responsabilité objective, basée sur le seul dommage et non pas le risque.

Après avoir vu les catégories de CELI selon Crawford, nous allons voir sa vision quant à la qualification des indemnisations faites en présence de ces circonstances. Cette vision a bien entendu influencé les travaux de la CDI dont il avait la charge comme dernier rapporteur spécial pour la responsabilité.

---

[511] *Ibid.*
[512] *Ibid.*, p. 319
[513] Voy. *supra* l'accident Fukushima, la rivière Moura et les champs de mines austro-hongrois.

B. La qualification des indemnisations faites en présence de CELI selon Crawford et selon les Articles de 2001

La vision de Crawford. La position de la CDI peut être mieux comprise quand elle est mise en relation avec l'opinion du rapporteur spécial, exprimée en dehors de ces travaux[514]. Selon Crawford, ces indemnisations ne sont pas faites sur la base de la responsabilité objective. Selon lui, elles sont « formellement » incluses dans la sphère des normes secondaires. Il s'agit des cas où, *prima facie*, la responsabilité de l'État aurait été engagée. La CELI peut donc exclure cette responsabilité, mais ne change pas pour autant son fondement. On n'est donc pas face à un « acte licite », mais à un acte, en principe illicite, et dont l'illicéité a été exclue dans un deuxième temps[515].

Ce raisonnement n'est pas à l'abri de toute critique. En quoi « l'origine » de l'acte en question serait-elle déterminante dans l'évaluation du fondement de la responsabilité ? Que l'acte *aurait pu* être illicite n'importe point. Ce qui compte est la qualification juridique de l'acte *dans son dernier état*, c'est-à-dire dans l'état où il a causé le dommage et où il a créé un droit à la réparation. En présence d'une CELI, point d'illicéité et donc point de responsabilité classique. Crawford semble indiquer que l'acte justifié par une CELI n'est pas vraiment un acte licite, mais plutôt un acte illicite « toléré » ou « justifié ». Cette nuance est intéressante et légitime. Il a raison de dire que l'absence d'illicéité ne vaut pas forcément la confirmation de la licéité. Cela n'empêche pas que la responsabilité objective s'applique aussi, et surtout, aux actes « tolérés » par le droit international.

Ce raisonnement s'applique en effet pour les dommages causés par les activités dangereuses pour lesquelles l'application de la responsabilité objective ne fait guère de doute. Il s'agit là aussi des activités qui *auraient dû* être interdites, car elles imposent un risque permanent de pollution aux États limitrophes. Or, ces activités sont aussi « tolérées » au regard de leur bénéfice social. Le raisonnement est le même pour les actes en présence de CELI. Ces actes sont tolérés soit parce qu'ils échappent à la volonté de leurs auteurs (*force majeure*), soit parce qu'ils tendent à protéger un intérêt plus important que celui sacrifié (la nécessité et la détresse), soit parce qu'ils sont justifiés par un besoin social impératif (la légitime défense et les contre-mesures).

---

[514] À cet égard, il ne faut pas non plus oublier que la position des Articles de 2001 n'est pas obligatoirement celle du rapporteur spécial. Il y a des cas où il est obligé d'adopter certaines règles sous l'influence des États ou de ses collègues majoritaires.

[515] La position de Crawford sur le sujet est rapportée par Forteau (M.), « Circumstances precluding Wrongfulness », pp. 890-891, *in* Crawford (J.), Pellet (A.), Olleson (S.), Parlett (K.) (ed.), *The Law of International Responsibility, op. cit.*

In fine le fait que l'acte qui donne suite à la réparation aurait dû être interdit, mais qu'il a été « toléré » pour des raisons extérieures n'exclut pas le fondement objectif, bien au contraire.

L'évolution du sujet au sein de la CDI. La question de la réparation en cas de CELI s'est posée sous l'influence du rapporteur spécial Ago. On se demandait alors si l'État en question devait toujours réparer les dommages causés, même s'il n'y avait plus de fait illicite. Pendant la première lecture, la Commission a adopté une approche conservatrice. Elle a donc décidé de ne pas vraiment répondre à cette question. Elle a seulement prévu une clause de sauvegarde en mentionnant que la CELI était sans préjudice de la question de l'indemnisation. Cette position a été maintenue en deuxième lecture aussi[516]. Après de longues discussions, les Articles de 2001 ont finalement retenu cette même solution :

> « Article 27. Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité
> L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice :
> … b) De la question de *l'indemnisation de toute perte effective* causée par le fait en question. »[517]

On voit bien que la CDI se contente d'une clause « sans-préjudice ». Il s'agit en réalité d'un choix assez sage. Ce choix conservateur trouve son origine dans l'ambiguïté du droit positif. En effet, il n'existe pas de certitude quant à la nature de cette indemnisation. On ne sait par exemple pas si elle est imposée à l'État d'origine ou, au contraire, s'il s'agit d'une mesure *ex gratia*. On ne connaît pas non plus le fondement précis de cette indemnisation (la responsabilité objective ou classique). Les Articles de 2001 ont cherché à obtenir une adhésion maximale des États. Il n'est donc pas surprenant qu'on n'ait pas voulu se prononcer définitivement sur un sujet si conflictuel.

Une indemnisation difficile à qualifier. Malgré son conservatisme, la CDI nous offre quand même des repères pour procéder à la qualification de ces indemnisations. Il faut d'abord chercher ces indices dans les Commentaires de 2006. Selon la CDI :

> « Bien que le mot "indemnisation" y soit employé, cet alinéa ne traite pas de l'indemnisation dans le cadre de la réparation d'un comportement illicite, qui fait l'objet de l'article 34. Il porte plutôt sur la question de savoir si un État qui invoque une circonstance excluant l'illicéité devrait néanmoins *réparer* toute perte effective subie par tout État lésé directement. Il est fait référence à une "perte effective" ce qui est plus restrictif que la notion de dommage que l'on trouve dans d'autres articles »[518]

En résumé, la CDI nous indique que « l'indemnisation » et la « perte effective » au sens de cet article ne correspondent pas à la réparation et au dommage au sens des Articles de 2001. Elle

[516] Ce passage historique est rapporté par Forteau, *ibid.*, pp. 887-888.
[517] Italiques ajoutés.
[518] Les Commentaires de 2001, p. 226, § 4. Italiques ajoutés.

ne prend pourtant pas position quant à la qualification réelle de ces mesures. Cependant, il est intéressant de remarquer que la CDI a quand même utilisé la terminologie du droit de la responsabilité pour évoquer ce sujet (réparation, indemnisation et perte). Cela dit, pour la CDI, l'article 27 n'est autre chose qu'une clause « sans préjudice »[519].

La position critiquable des Articles de 2001. L'article 27 semble avoir limité de la « réparation » à la seule indemnisation[520]. Les autres conséquences du fait illicite et les autres formes de la réparation ne pourraient donc pas être envisagées. La CDI semble aussi interpréter le dommage de manière restrictive et incluant uniquement le dommage matériel. Elle a justifié ces choix par le souci de distinguer le dommage et la réparation dont il est question dans l'article 27 des notions équivalentes du droit de la responsabilité pour fait illicite. Elle a donc voulu éviter toute confusion et insister sur le fait qu'il s'agit bien d'une clause « sans-préjudice » qui ne prend pas position quant au fondement d'une éventuelle réparation.

La CDI a voulu éviter de qualifier, juridiquement donc, le paiement et le dommage en présence d'une CELI. Ceci sans pour autant exclure une interprétation quelconque, sauf bien entendu la responsabilité classique qui n'a pas lieu d'être ici. Dans cette perspective, « l'indemnisation » a paru comme le choix le plus neutre. Il aurait été plus difficile d'utiliser la « réparation » tout en se gardant de qualifier le paiement en question. C'est là justement la preuve de la confusion de la CDI et l'impossibilité de qualifier ces paiements comme toute autre chose que la réparation. La situation complexe dans laquelle se trouve la CDI doit être expliquée dans son contexte.

L'importance de la réparation. Avant tout, il faut savoir que la difficulté de la CDI vient du fait qu'elle sait et reconnaît même expressément l'importance de réparer les dommages en présence d'une CELI[521]. Elle s'est donc montrée plutôt favorable à la réparation de ces dommages :

> « L'alinéa b énonce une condition légitime [l'indemnisation], *dans certains cas*, pour permettre à un État de se prévaloir d'une circonstance excluant l'illicéité. En l'absence d'une telle possibilité, *l'État dont le comportement serait normalement illicite pourrait faire supporter à un État tiers innocent le coût de la défense de ses propres intérêts* ou préoccupations. »[522]

Malgré cette position bienvenue, l'Institution est tellement conditionnée par le fait illicite, qu'elle a du mal à reconnaître tout fondement pour la réparation, autre que l'illicéité. Elle ne

---

[519] *Ibid.*, p. 225, § 1.
[520] Pour une position favorable voy. Forteau (M.), « Circumstances precluding Wrongfulness », *op. cit.*, p. 889.
[521] Voy. Les Commentaires de 2001, p. 226, § 5.
[522] *Ibid.*, p. 226, § 5. Italiques ajoutés. Voy. aussi dans ce sens Forteau (M.), « Circumstances precluding Wrongfulness », *op. cit.*, p. 889.

peut pas donc pas se permettre d'aller jusqu'à reconnaître ces mesures comme de véritables réparations. Le choix de « l'indemnisation » est donc avant tout un effort pour minimiser les conséquences de sa position. Néanmoins, il s'agit là d'un « lapsus » révélateur. Cette indemnisation n'est autre qu'une forme de la responsabilité objective. Quand on répare en présence d'une CELI, on répare pour le dommage et non pas pour le fait illicite. Pour injustifié[523] qu'il est, ce dommage rompt l'égalité souveraine des États et *exige* la réparation. Qui dit exigence, dit la responsabilité dans son sens plein et entier, à l'exclusion d'un banal « paiement » *ex gratia*.

Les formes de la réparation. La CDI semble aussi limiter la réparation en présence de CELI à la seule indemnisation. Or, en examinant la pratique étatique, on voit que la réparation faite par les États ne se limite pas à la seule indemnisation. Dans l'exemple de la rivière Moura qu'on va examiner dans le paragraphe suivant, elle est faite sous forme de restitution complétée par l'indemnisation. Dans l'exemple des mines austro-hongrois aussi, la réaction de l'État d'origine ne prend pas la forme d'une indemnisation. La Hongrie répond simplement aux demandes de l'Autriche en retirant la source du risque, à savoir les mines. En dehors de ces exemples, et dans une analyse théorique plus large, rien n'interdit de réparer un dommage ainsi créé par toute autre forme de réparation. La restitution peut très bien avoir lieu en réparant ou recréant les biens endommagés. Il n'est pas non plus impossible d'envisager qu'un État répare un tel dommage en exprimant ses regrets (même si l'illicéité a été exclue) ou en accordant tout autre avantage qui serait donc inclus dans la notion de la satisfaction[524].

La restriction de la notion du dommage réparable. Dans sa première lecture de l'article 27, la CDI avait prévu la possibilité de l'indemnisation pour « dommage » (« *damage* » en anglais). En deuxième lecture, elle a limité ce concept à toute « perte effectivement causée » (« *material loss* » en anglais). Une précision s'impose à cet égard. Cette restriction n'interdit aucunement la qualification des paiements effectués de véritables réparations. Dans la grande majorité des cas la responsabilité objective tend à réparer des dommages matériels effectivement subis. Cette restriction ne pose donc aucun problème dans l'inclusion de ces réparations sous cette forme de responsabilité. Au contraire de la responsabilité classique, les dommages immatériels aux États sont rares dans la responsabilité objective. En effet, sous cette forme de responsabilité, les dommages immatériels sont réparés uniquement s'ils sont subis par les individus et non pas par

[523] Le terme « injustifié » est choisi à dessein. Voy. *supra* les catégories de CELI pour voir la différence entre les « excuses » et les « justifications ».
[524] Voy. l'article 37 des Articles de 2001 et les commentaires y relatifs.

l'État[525]. Par conséquent, la restriction du dommage réparable dans les Commentaires de 2006 n'est pas un signe de l'exclusion de la responsabilité objective, bien au contraire.

C. La qualification des indemnisations faites en présence de CELI selon Forteau

Une réparation à mi-chemin des deux fondements de la responsabilité. Avant tout, il faut souligner que Forteau s'est montré favorable à la réparation des victimes dans les cas où elles n'avaient aucun rôle dans la création du dommage[526]. En revanche, il n'est pas convaincu par l'inclusion d'une telle réparation dans la responsabilité objective. Ayant souligné la difficulté de connaître le fondement de réparation en présence de CELI, il énonce que la responsabilité « sans fait illicite »[527] est parmi les options à considérer. Il n'est pourtant pas convaincu par cette option. Selon lui il existe une différence entre un fait licite et un fait illicite dont la licéité a été exclue. Il rappelle la position de la CIJ dans *Gacíkovo-Nagymaros*. La Cour avait alors décidé que l'existence d'une CELI ne signifiait pas forcément que l'État a agi conformément à ses obligations. Selon elle, la CELI ne faisait qu'empêcher l'engagement de la responsabilité[528]. Cet exemple est donné pour dire que l'existence d'une CELI ne change pas la nature profonde de l'acte en question et ne nous fait pas forcément basculer vers la responsabilité objective. La CELI aurait simplement été un obstacle à l'engagement de la responsabilité classique sans pour autant imposer la responsabilité objective. Par conséquent, selon lui, on est là face à une situation à mi-chemin entre la responsabilité classique et objective[529].

Les réponses apportées aux arguments de Crawford sont toujours valables ici. Nous sommes d'accord que l'exclusion de l'illicéité n'équivaut pas forcément à la confirmation de la licéité. En revanche, si une réparation a été effectuée en présence d'une CELI, il faut bien trouver un

---

[525] Cela dit, au moins théoriquement, il n'est pas impossible d'imaginer que l'État victime se prévale d'un dommage immatériel pour l'atteinte à sa réputation *du fait des dommages matériels* qu'il a subis.

[526] Forteau (M.), « Circumstances precluding Wrongfulness », *op. cit.*, *spec.* pp. 888-889, 892.

[527] Il s'agit de la qualification qu'il a retenu pour la responsabilité objective. En sachant que cette qualification est pertinente pour comprendre son raisonnement on a voulu la garder comme telle.

[528] CIJ, *Projet Gabčikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), *op. cit.*, p. 39, § 48 :
« … L'état de nécessité allégué par la Hongrie — à le supposer établi — ne pourrait donc permettre de conclure qu'en 1989 elle aurait agi conformément à ses obligations en vertu du traité de 1977 ou que ces obligations auraient cessé de la lier. Il permettrait seulement d'affirmer que, compte tenu des circonstances, la Hongrie n'aurait pas engagé sa responsabilité internationale en agissant comme elle l'a fait. » Italiques ajoutés.
Pour compléter ce premier exemple de Forteau, il faut aussi ajouter que dans l'affaire *Gabčikovo* ce n'est pas vraiment la Cour qui s'est située sur le terrain de la responsabilité classique, mais la Hongrie elle-même :
« La Cour fera d'ailleurs observer qu'en invoquant l'état de nécessité pour tenter de justifier ce comportement *la Hongrie a choisi de se placer d'emblée sur le terrain du droit de la responsabilité des États*, impliquant par là qu'en l'absence d'une telle circonstance sa conduite eût été illicite. L'état de nécessité allégué par la Hongrie — à le supposer établi — ne pourrait donc permettre de conclure qu'en 1989 elle aurait agi conformément à ses obligations en vertu du traité de 1977 ou que ces obligations auraient cessé de la lier. »
CIJ, *Projet Gabčikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), *op. cit.*, p. 39, § 48.

[529] Forteau (M.), « Circumstances precluding Wrongfulness », *op. cit.*, p. 891,

fondement à cette responsabilité. Il faut insister qu'au contraire de ce que les travaux de la CDI ont laissé entendre pendant un certain temps[530], la responsabilité objective n'est pas une responsabilité « pour les actes licites ». Elle est plutôt une responsabilité « sans fait illicite ». Autrement dit, la responsabilité objective ne s'applique pas si le fait dommageable est licite. Elle s'applique plutôt si l'on n'arrive pas à prouver un acte illicite à l'origine du dommage[531]. Par conséquent, rien dans la nature de la responsabilité objective empêche l'inclusion des CELI, bien au contraire.

Le conditionnement des CELI. Même s'il n'a pas souhaité prendre position de manière définitive, Forteau énonce que la solution pourrait résider dans le conditionnement des CELI. Selon cette approche, adoptée par le droit civil français, l'auteur du dommage ne peut se fonder sur une CELI qu'à condition d'accepter, simultanément, l'obligation de réparer ces dommages.[532]. Cette position pourrait réduire l'intérêt des CELI pour l'auteur du dommage, mais, à tout le moins, elle empêche l'imputation d'un fait illicite à cette personne. Il semble que cette position soit mentionnée en tant que proposition doctrinale à laquelle nous adhérons. Toutefois, nous admettons ne pas comprendre en quoi cette obligation primaire se différencie de la responsabilité objective. En réalité, cette définition de la responsabilité correspond parfaitement à celle de la responsabilité objective, qui repose effectivement sur une obligation primaire de réparation.

[530] Voy. à ce propos *infra* Chapitre 4. Cette conception était présente dès l'intitulé des rapports de la CDI sur le sujet. En effet, tous les rapports de la CDI ont porté sur « les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ». Cela dit, dans les travaux du dernier rapporteur spécial, on a ajouté un titre parallèle qui était la « responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses ».
[531] Voy. *supra* l'introduction de la thèse, §1.
[532] Forteau (M.), « Circumstances precluding Wrongfulness », *op. cit.*, pp. 891-892.

Conclusion de la Section 3

Les CELI constituent une part importante des exemples qui pourraient être inclus dans la responsabilité objective. Ayant présenté les doutes quant à la qualification de ces exemples, il serait prétentieux d'affirmer une position quelconque avec une absolue certitude. L'affirmation la plus honnête serait de reconnaître la difficulté de la question et l'ambiguïté du droit positif à son égard. Cette ambiguïté ne devrait pourtant pas nous empêcher de défendre notre position de manière la plus claire possible. *A minima* nous espérons avoir pu démontrer les limites du fait illicite comme fondement unique et univoque de la responsabilité. En effet, les réparations faites par les États en présence des CELI démontrent que la vision basée sur le seul fait illicite sous-estime la fluidité de ce concept. Cette fluidité nous fait penser à la section précédente sur la « contingence des normes primaires ». En réalité, Les CELI sont une autre facette de cette contingence. Elles montrent premièrement qu'au-delà de la *contingence interne,* il existe aussi une *contingence externe*. Cette deuxième forme de contingence est liée à une série de circonstances qui excluent ou mettent en doute l'illicéité. Ces circonstances n'ont pourtant pas empêché les États de réparer les victimes innocentes. Même les Articles de 2001 reconnaissent l'importance d'une telle réparation, *dans certains cas,* alors qu'ils ne précisent pas son fondement. De là résulte une confusion que la responsabilité objective permet de dissiper, notamment grâce à la théorie du risque. L'acceptation expresse de cette forme de responsabilité a donc au moins l'avantage de clarifier les différents cas de la réparation. Il ne faut pas oublier que le fait illicite ne se présume pas. Même en cas de doute, qui ne vaut pas forcément la licéité, la réparation ne peut pas être basée sur la théorie classique. La responsabilité objective permet donc de combler cet espace vide dans le droit de la responsabilité internationale. S'il y a une réparation en cas de mise en doute ou exclusion de l'illicéité, en général sur la base du dommage, elle sera basée sur le fondement objectif de la responsabilité.

Conclusion du Chapitre 2

Une conclusion intermédiaire. Nous introduirons cette conclusion en annonçant que, sauf pour les activités dangereuses[533], nous n'allons pas nous prononcer sur la valeur coutumière de la responsabilité objective à ce stade. Nous avons annoncé dès l'introduction du Titre 1 que cette conclusion dépend aussi de la pratique conventionnelle des États. Par conséquent, notre position définitive sur ce sujet sera donnée dans la conclusion du Titre et non pas du Chapitre. À ce stade, nous nous contenterons de présenter l'apport du Chapitre 2.

Au cours de ce Chapitre, nous avons examiné un nombre important de pratiques étatiques pour mieux connaître la place de la responsabilité objective en droit coutumier. Ainsi qu'il avait été rappelé dès l'introduction, l'objectif n'était pas seulement d'effectuer un choix binaire sur l'existence, ou non, de la coutume. À travers ces exemples, nous avons aussi tenté d'examiner la place de la responsabilité objective, notamment son champ d'application et son lien avec la responsabilité classique. Nous avons vu que la frontière entre les deux est souvent difficile à établir. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, dans le cadre des travaux de la CDI, les obligations de prévention ont été pendant longtemps examinées sous la responsabilité objective[534].

Les limites de la théorie classique. L'étude de ces exemples nous a aussi permis de connaître les limites de la théorie classique de responsabilité à la fois sur le plan théorique et pratique. D'abord, sur un plan théorique, il existe des cas où le seul fait illicite ne permet tout simplement pas de justifier les réparations effectuées. Il existe des cas où la réparation ne fait que répondre au dommage, sans qu'il soit possible de prouver un fait illicite quelconque. La responsabilité objective permet de présenter clairement le fondement de la responsabilité dans ces cas de figure. En outre, sur le plan pratique, l'exclusion de la responsabilité objective peut pénaliser les victimes innocentes qui, dans certains cas, ne parviendraient pas à prouver l'existence d'un fait illicite.

Les CELI. Un nombre important d'exemples de réparation sans fait illicite concerne les CELI. À mi-chemin entre le licite et l'illicite, la qualification des activités ainsi « justifiées » ou « excusées » est particulièrement complexe. Bien que la CDI semble favorable à l'instauration d'une obligation de réparation dans certains cas, elle n'a pas apporté de réponse définitive sur cette question. Nous avons présenté nos arguments en faveur de cette obligation de réparation,

[533] En effet, dans la Section 2 nous avons conclu dans l'existence d'une obligation de réparation même sans qu'il y ait besoin de compléter la pratique non conventionnelle avec celle, conventionnelle.
[534] Voy. *infra* Chapitre 4.

en nous appuyant à la fois sur la pratique étatique et sur le principe de l'égalité souveraine des États. Nous avons également constaté que, même si la réparation était obligatoire, son inclusion dans le cadre de la responsabilité objective n'était pas évidente. En effet, de solides arguments militent en faveur de l'approche classique de la responsabilité. Nous avons cependant tenté de démontrer les difficultés théoriques de cette conception et avons proposé d'intégrer ces réparations dans la responsabilité objective.

Les normes primaires contingentes. Il s'agissait d'une proposition doctrinale visant à regrouper certains exemples relevant de la responsabilité objective. Cette proposition avait pour objectif principal de mettre en lumière les difficultés liées au « monopole de l'illicite ». Nous avons tenté de démontrer que la simple distinction entre normes primaires et secondaires ne suffit pas à dissiper toutes les ambiguïtés quant au fondement de la responsabilité. La « contingence » de certaines normes peut, en effet, avoir de lourdes conséquences pour les victimes. Il suffit de revenir sur l'exemple du principe de proportionnalité en droit humanitaire. Restreindre la responsabilité à la seule responsabilité classique peut causer une double injustice aux victimes civiles. Cet exemple, comme tant d'autres, montre l'incertitude qui entoure une partie des normes primaires et remet en question l'exclusion de la responsabilité au seul cadre de la théorie classique. Ici aussi, la reconnaissance de la responsabilité objective non seulement protège les victimes, mais offre également une vision plus cohérente des différents cas d'indemnisation en droit international. Néanmoins, nous avons également observé la réticence des États à assumer leur responsabilité, car cela reviendrait souvent à admettre qu'ils étaient en faute.

La responsabilité pour risque. La responsabilité objective n'est pourtant pas limitée à ces cas de contingence. La théorie du risque constitue toujours le fondement principal de la responsabilité objective. En présentant une interprétation extensive de la notion de risque, il est même possible d'y inclure les Sections 2 (la contingence) et 3 (les CELI). Ce faisant, on se rapprocherait de la vision large de G. Scelle en déclarant que la contingence et les CELI sont des aléas dont la charge ne devrait pas incomber aux victimes innocentes[535]. Cette proposition n'est pas sans intérêt. La théorie du risque contribue aussi, indirectement, à l'admission de la responsabilité objective dans ces deux cas de figure. Cependant, elle n'est pas le facteur le plus déterminant. Il convient donc de prévoir une catégorie distincte pour les cas essentiellement basés sur cette théorie.

---

[535] Voy. Scelle (G.), *Manuel élémentaire de droit international public (avec les textes essentiels*, *op. cit.*, pp. 683-702.

Généralement parlant, l'admission de la responsabilité objective pour les exemples relevant de la théorie du risque nous semble plus aisée que pour ceux relevant des normes primaires contingentes. Alors que les paiements effectués en mesure de cette dernière catégorie sont pour la grande majorité de nature *ex gratia,* ceux relevant de la théorie du risque se rapprochent davantage d'une réelle admission de responsabilité. Théoriquement, ces paiements sont plus proches du principe de prévention que de la responsabilité objective. C'est probablement cette proximité qui incite les États à réagir plus rigoureusement. Toutefois, comme nous l'avons évoqué à plusieurs reprises, même si, en principe, ils devraient relever de l'obligation de prévention, la réticence des États fait que, dans le droit positif, ils restent fondés sur la responsabilité objective.

Les États, soucieux du bon voisinage. *In fine* et à la lecture de l'ensemble des exemples étudiés, une conclusion s'impose : les États sont loin d'être indifférents aux dommages transfrontières qu'ils ont causés ou subis. La force de l'opinion publique, les principes du bon voisinage et un respect minimal de l'équité poussent les États à réagir aux dommages qu'ils causent ou laissent survenir sur leur territoire. Ces réactions sont pourtant très politiques et par conséquent très discriminatoires. Tout dépend de la configuration politico-économique. La réparation des États du Nord n'a rien à voir avec d'autres qui n'ont pas les moyens de se faire entendre. Cela étant, sauf dans des cas rares et symboliques, les réparations ont souvent partielles et insuffisantes. Les États agissent, mais ils agissent pour sauver la face plutôt que la victime.

Conclusion du Titre I

La difficulté de qualifier les « réponses » étatiques. À présent, il convient de statuer sur la question la plus difficile, à savoir la valeur coutumière de la responsabilité objective. Comme on vient de l'indiquer, dans la plupart des cas, les États réagissent. La difficulté la plus importante est la qualification juridique de ces réactions. Dans les exemples que nous avons examinés, on était face à deux grands cas de figure. Il y a d'abord des cas où ces réponses sont faites sous forme de paiement *ex gratia*. À plusieurs reprises dans ce Chapitre, nous avons démontré que ces indemnisations étaient en réalité des réparations qui n'en portaient pas le nom. La qualification de ces indemnisations d'*ex gratia* tend précisément à exclure leur qualification de responsabilité. Faut-il pourtant s'arrêter là ? Nous ne sommes pas sûrs. Si l'on pense à l'exemple des victimes collatérales dans le DIH, on voit la difficulté de reconnaître la volonté exprimée des États, sans aucune réserve. Selon nous, ces paiements *ex gratia* sont en tous points comparables avec les textes de *soft law*, de plus en plus fréquents en droit international. Ces textes n'ont certes pas de force juridique obligatoire. L'on sait pourtant pertinemment qu'ils sont un premier pas pour l'évolution vers des textes obligatoires. Ces textes ont d'ailleurs en commun avec ces paiements *ex gratia* la même confusion des mots. Pour le *soft law*, les textes utilisent des formules impératives (les États doivent entreprendre…, les États se gardent de…) tout en refusant une valeur normative quelconque pour ces formules. Pour les paiements *ex gratia* aussi les États utilisent toute l'artillerie du droit de la responsabilité (réparation, indemnisations, dommage, etc.) tout en refusant tout caractère obligatoire pour les actes qu'ils ont entrepris.

Les pratiques « obligeantes ». Que faire en face de cette situation, pour le moins ambigüe ? La majorité des exemples de la Section 2 et certains exemples de la Section 1 entrent dans cette catégorie. En l'espèce, la réponse simple consiste à refuser toute valeur juridique et toute importance à ces paiements et de cautionner sans réserve la posture étatique telle qu'exprimée. Cette réponse n'est pas la nôtre. Certes, en présence d'un paiement *ex gratia* l'*opinio juris* n'est pas établie et ces exemples n'ont donc pas d'effet pour la détermination de la coutume *de lege lata*. *De lege ferenda* pourtant, ils démontrent le besoin ressenti par les États de répondre à certaines situations qui sont humainement intenables. Cela étant, selon nous, ils constituent un premier pas vers l'admission d'une règle coutumière à l'avenir. Ceci notamment quand on se rappelle que toutes les réponses étatiques ne sont pas faites à titre *ex gratia*.

Les pratiques « obligées ». En effet, la deuxième grande catégorie des réponses étatiques peut plus facilement être qualifiée de véritable réparation, créant aussi une véritable obligation

juridique. L'exemple le plus parlant concerne des réparations effectuées en présence de certaines CELI. Nous avons démontré qu'en l'espèce, la réparation par les États n'était pas un geste de bonne volonté, mais une réponse obligatoire, encouragée par les Articles de 2001. Il en va de même pour certains exemples de la Section 1 où les « réponses » étatiques s'apparentent, en tous points, à une véritable réparation, souvent sur la base de la théorie du risque. Ces pratiques sont donc susceptibles de créer une véritable obligation coutumière.

L'existence d'une règle coutumière. Au regard de ce qui vient d'être dit, une chose nous semble certaine. Il est impossible de défendre une règle coutumière générale prévoyant la responsabilité objective sur la base de la théorie du risque ou n'importe quelle autre théorie. Les pratiques étatiques sont trop divergentes. Elles sont aussi très diversifiées et interviennent dans des domaines qui n'ont parfois rien à voir. Par conséquent, il est impossible de dire que tout dommage transfrontière crée systématiquement une obligation de réparation. Pour savoir si une telle obligation existe, il faut d'abord préciser le domaine dans lequel l'on se situe.

L'existence *des* règles coutumières – Les CELI. Ayant conclu à l'inexistence d'une règle générale et universelle, il faut désormais s'intéresser à chaque catégorie d'exemples pour déterminer si une règle coutumière peut être défendue. Nous commencerons par la dernière catégorie, à savoir la réparation face aux CELI. Nous sommes d'avis qu'une obligation de réparation existe dans certains cas de figure. Bien entendu, aucune obligation de réparation n'a lieu d'être dans la catégorie des CELI/justifications, comme dans le cas des dommages causés en exerçant un droit de légitime défense. Pour les CELI/excuses, il convient de distinguer plusieurs situations.

Pour des raisons déjà évoquées, nous estimons que les États sont tenus de réparer les dommages causés en état de nécessité ou de détresse. Nous rejoignons Crawford sur l'idée que ces circonstances ne font qu'« imposer » le fait illicite et ne doivent pas, pour autant, pénaliser l'État victime. La situation est plus complexe en ce qui concerne la *force majeure*. Contrairement à la nécessité et à la détresse, ici, l'État à l'origine du dommage n'a aucun contrôle sur les événements qui ont causé celui-ci. Certes, dans les exemples que nous avons mentionnés, les États ont tout de même réagi, mais il est difficile de fonder une règle coutumière sur les exemples limités dont nous disposons. Il nous semble donc nécessaire de distinguer ici entre deux cas de figure, selon la nature dangereuse ou non de l'activité à l'origine du dommage. Dans un exemple comme celui des mines austro-hongroises, l'État qui entreprend une activité dangereuse doit également en assumer les conséquences. Ici, la théorie du risque vient renforcer les autres arguments en faveur d'une obligation de réparation. En revanche, dans le cas de

dommages provenant d'autres activités, l'état du droit positif n'est pas suffisamment clair pour permettre de prendre une position définitive. Tout au plus, il est possible de souhaiter l'établissement d'une norme primaire de réparation *de lege ferenda*.

En ce qui concerne les CELI, nous sommes d'avis que la pratique étatique (démarche déductive) doit être complétée par le principe de l'égalité souveraine des États (démarche inductive). En effet, les CELI sont des événements qui servent d'« excuses » pour des faits illicites. L'acte d'origine étant illicite, les CELI créent toujours une rupture dans l'égalité souveraine des États et imposent, dans certains cas, la réparation des dommages indûment infligés à l'État victime. Il est important de rappeler que les Commentaires de 2001 soutiennent également ce postulat, au moins dans certains cas de figure. Cela dit, il n'est pas exclu de défendre que l'inclusion de ces réparations sous le régime de la responsabilité objective soit purement formelle. En l'absence d'autres justifications, aucune autre base ne semble pouvoir les fonder. Cependant, connaissant leur origine normative, elles bénéficient également du soutien de la théorie classique qui renforce leur valeur coutumière, et donc leur caractère obligatoire.

Les normes primaires contingentes. Au contraire des CELI, en l'état actuel du droit positif, il est difficile de défendre une obligation coutumière de réparation pour cette catégorie. Il est vrai que dans ce cas aussi les États ont souvent réparé les dommages créés. Mais ils ont été très attentifs à ne pas créer de précédent en qualifiant, faussement, les mesures prises d'*ex gratia*. En l'absence de toute preuve d'*opinio juris*, il est impossible de défendre l'existence d'une norme prévoyant la réparation en droit coutumier. Que ce soit pour les dommages tolérés par le DIH ou les essais nucléaires, nous ne pouvons pas défendre une obligation de réparation. Cette obligation est pourtant souhaitable *de lege ferenda*. Comme indiqué plus haut dans cette conclusion, nous sommes d'avis que ces paiements *ex gratia* ont le potentiel de favoriser une norme coutumière future. Une telle norme se basera donc sur le dommage et non pas sur le fait illicite clairement établi.

L'application de la seule théorie du risque. Dans la conclusion de la Section concernée[536], nous avons conclu à l'existence d'une norme primaire de réparation, cette fois même sans qu'il y ait besoin d'analyser le Chapitre 1 (les droits conventionnels). Nous avons indiqué que le principe même de la réparation ne faisait guère de doute mais que son destinataire était difficile à établir. Ce qui peut être ajouté à cette conclusion est l'effet combiné des droits conventionnels. Dans les domaines qui sont aussi soumis à une obligation conventionnelle, il existe un argument

[536] Il s'agit de la Section 1, Chapitre 2.

additionnel pour l'existence d'une règle coutumière. Qu'il s'agisse du domaine spatial, nucléaire ou de la pollution du fait des hydrocarbures, la pratique conventionnelle des États apporte un argument additionnel pour accepter une obligation de réparation. Cependant l'analyse du contenu de ces droits conventionnels montre qu'ils ne permettent pas forcément de résoudre le problème concernant le rôle subsidiaire de l'État d'origine du dommage. La seule exception à cette règle peut être la responsabilité spatiale qui, dans son volet conventionnel, reconnaît une responsabilité absolue de l'État d'origine. Dans les autres domaines, les conventions sont tout simplement silencieuses sur la question et n'apportent donc pas d'informations supplémentaires.

Titre II : La place de la responsabilité objective dans les moyens auxiliaires de détermination du droit international

Le complément au Titre I. Dans le Titre I nous avons présenté une lecture critique de la place de la responsabilité objective dans le droit coutumier. Le présent Titre tend à examiner le même sujet (la place de la responsabilité objective) dans les moyens auxiliaires de détermination du droit international. De ce fait, ces deux Titres sont en réalité complémentaires et interdépendants. L'objet de l'étude est le même, seule la perspective change. De ce fait, les exemples apportés dans ce Titre peuvent aider à comprendre la place de la responsabilité en droit coutumier également. En revanche, le présent Titre ne se limite pas à la seule coutume. La position des moyens auxiliaires sera présentée nonobstant leur lien avec l'une quelconque des sources primaires.

Ce titre est aussi conçu en fonction d'une certaine vision des moyens auxiliaires. Les débats sur le rôle des moyens auxiliaires sont très riches et nombreux[537]. Étant des *moyens de détermination* et non pas des sources, ils ne peuvent en principe pas créer de nouvelles obligations pour les États[538]. Ils ne peuvent que prouver l'existence de ces règles et préciser leur contenu exact[539]. Or, derrière ces principes établis, il existe toujours des doutes quant à leur

---

[537] Pour une synthèse de ces débats voy. *Premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international*, Jalloh (C. C.), Rapporteur spécial, 2023, doc. A/CN.4/760, 2023 ; *Deuxième rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international*, Jalloh (C. C.), Rapporteur spécial, 2024, doc. A/CN.4/769, 2024, pp. 1-75.

[538] Voy. dans ce sens Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 491. Voy. dans ce sens *Premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international*, Jalloh (C. C.), Rapporteur spécial, 2023, doc. A/CN.4/760, 2023, p. 121, § 343 :

« 343. Il semble que, par rapport aux trois alinéas précédents, à savoir a) à c), l'alinéa d) marque un changement de registre. Les sources formelles de droit énoncées dans les trois premiers alinéas sont des sources, tandis que le dernier alinéa traite des "moyen[s] de détermination des règles de droit", c'est-à-dire de la preuve de leur existence et de leur contenu. *Les décisions judiciaires et la doctrine ne sont pas à l'origine de règles de droit : on peut dire qu'elles n'ont un rôle à jouer qu'en aval, en vue d'aider à déterminer l'existence et l'interprétation des règles de droit. En d'autres termes, toutes deux sont appliquées, mais uniquement pour établir l'existence d'une règle conventionnelle, d'une règle de droit coutumier, d'un principe général de droit ou d'une autre source d'obligation qui constitue le droit positif* ».

Italiques ajoutés.

[539] *Ibid*. Voy. dans ce sens aussi *Premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international*, *op. cit.*, p. 118, § 335 :

« Deuxièmement, et davantage sur le fond, la version française, "moyen auxiliaire", met l'accent sur le caractère complémentaire de ces moyens. C'est une indication, sinon une confirmation, de ce que le statut des décisions judiciaires et de la doctrine est subordonné aux moyens primaires énumérés aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'Article 38, à savoir les conventions, la coutume ou les principes généraux de droit. Autrement dit, ces moyens ont un caractère auxiliaire parce qu'ils ne constituent pas des sources en soi. »

place véritable et leur participation éventuelle au procès normatif. Même s'ils ne sont pas des « sources formelles », ils contribuent à l'interprétation du droit international voire, dans certains cas, à la « production normative »[540]. Ce rôle ne serait d'ailleurs pas le même pour la jurisprudence que pour la doctrine[541]. Dans l'analyse de ces moyens, il faut donc être constamment attentif à ces nuances dans le rôle qu'ils peuvent jouer dans la détermination et éventuellement le développement du droit international applicable au sujet[542].

Les moyens examinés. Les moyens auxiliaires sont entendus au sens de l'article 38§ 1 du Statut de la CIJ. Il s'agit donc de la doctrine et de la jurisprudence[543]. Dans le Chapitre sur la jurisprudence, l'objectif est de voir le positionnement des juges (internes et internationaux) sur la place de la responsabilité objective. La question la plus simple est bien entendu de savoir si la jurisprudence consacre une obligation de réparation sans fait illicite. Cependant, comme pour le premier Titre, la « place » de la responsabilité objective ne se limite pas à une question binaire. Il faut aussi voir son lien avec des notions proches, sa délimitation, sa pertinence et éventuellement les propositions quant à son développement futur.

Pour ce qui est de la doctrine, nous nous contenterons de celle de la CDI. Au départ, nous avions aussi rédigé un long chapitre sur la doctrine hors la CDI. On s'est pourtant aperçu que ce chapitre présentait au moins deux inconvénients. Premièrement, elle avait un côté descriptif inévitable. Deuxièmement, la plupart des exemples y mentionnés revenaient en réalité à l'analyse d'autres sources, donc d'autres chapitres de la thèse. Il a donc été décidé d'intégrer les analyses doctrinales hors CDI dans les autres chapitres de la thèse. Ces justifications n'étaient pourtant pas valables pour la doctrine de la CDI. Son importance et son rôle dans le

---

[540] Pour un exemple similaire voy. Aloupi (N.), Kleiner (C.), « Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif », *in* Aloupi (N.), Kleiner (C.) (dir.), *Le précédent en droit international*, Paris, Pedone, 2016, p. 42.

[541] Pour la doctrine dans ce sens voy. *Premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international*, *op. cit*, pp. 118-119, § 336. Néanmoins, le rapporteur spécial lui-même semble, en tout cas pour l'instant, se pencher vers l'égalité entre les deux moyens. *Ibid.*, p. 122, § 348. Le rapporteur spécial semble suggérer que théoriquement les deux moyens doivent être mis sur un pied d'égalité. Néanmoins, selon lui les deux catégories « ne sont certainement pas assimilables concrètement car, si la doctrine tient un rôle discret (mais probablement efficace) à cet égard, l'utilisation de la jurisprudence par la Cour dépasse largement, quant à elle, ce qu'implique l'expression "moyen auxiliaire" » (*ibid.*).

[542] N. Aloupi et C. Kleiner ont souligné ces nuances, toujours sur le « précédent » dans leur rapport introductif aux travaux de la SFDI sur le sujet :

« À vrai dire, il conviendrait sans nul doute d'aller bien au-delà de la bipolarité entre précédent *obligatoire* et précédent *persuasif*. Si le précédent n'est pas *obligatoire* en droit positif mais qu'il est traité souvent comme tel par ses utilisateurs, s'il devient *le* référent systématique, sa valeur est-elle encore simplement celle d'une stratégie argumentative ou bien incarne-t-elle davantage ? »

Ibid., p.42.

[543] Voy. Zarneshan (S.), « Subsidiary means for Identification of rules of international law», *Iranian Review for UN Studies*, vol. 4, n°2, 2022, pp. 123-131

développement et la codification du droit international exigent un chapitre à part entière. En effet, son rôle institutionnel et ses fonctions, appuyés par la Charte des Nations Unies, lui confèrent une légitimité et une influence qui en font un organe à part entière. De plus, son caractère collégial et sa relation avec l'Assemblée générale des Nations Unies renforcent cette légitimité. Cela dit, la CDI joue un rôle unique dans la codification du droit international, rôle qui n'est guère comparable à celui d'autres acteurs doctrinaux. Il convient également de souligner que ses travaux ont joué un rôle extrêmement important dans la conception et la structuration de notre étude.

Pour la CDI, nous analyserons l'ensemble des travaux adoptés sur ce sujet dès le départ jusqu'à l'adoption des Principes de 2006. Elle a examiné toutes les sources et la jurisprudence pour se prononcer sur la place de la responsabilité objective. Par conséquent, elle peut servir en quelque sorte de conclusion à tous les autres exemples examinés dans la Première Partie. Nous commencerons donc ce Titre par l'examen de la jurisprudence et du contentieux international (Chapitre 3) avant d'examiner la doctrine de la CDI sur le sujet (Chapitre 4).

Chapitre 3. La place de la responsabilité objective dans la jurisprudence et dans le contentieux

Le sens de la jurisprudence. Dès l'introduction de la Première Partie, nous avons évoqué que cette Partie était structurée autour de la doctrine des sources. Cette doctrine est quant à elle intimement liée à l'article 38 du Statut de la CIJ. Or, l'article 38§1-d) du Statut fait mention des « décisions judiciaires » et non pas de la jurisprudence. Il faut d'abord dire que nous utilisons la « jurisprudence » dans le même sens que les « décisions judiciaires ». Nous avons pourtant préféré la « jurisprudence » au choix effectué dans le Statut. En effet, ce choix terminologique pourrait être critiqué en ce que l'adjectif « judiciaire » exclut, en principe, les sentences arbitrales du champ d'application des moyens auxiliaires. Or, ces sentences peuvent parfaitement être utilisées par les juridictions internationales. Malgré une certaine résistance[544], la CIJ elle-même a fait usage de ces sentences dans plusieurs de ses arrêts[545]. Bien entendu, les sentences arbitrales n'ont pas la même place pour la Cour que sa propre jurisprudence ou peut-être même que celles d'autres juridictions permanentes internationales. Il n'empêche que la Cour s'est effectivement appuyée sur ces sentences et qu'il n'existe aucune raison valable de faire autrement.

In fine, il nous semble que dans l'article 38, il était plutôt sous-entendu la « jurisprudence » dans son sens large[546], c'est-à-dire en incluant les « décisions juridictionnelles » émises par les juridictions internationales et les « sentences arbitrales » émises par les arbitres ou les tribunaux arbitraux[547]. Outre l'usage des sentences arbitrales, ce Chapitre va aussi se référer à certaines décisions internes. Il faut souligner que l'article 38§1-d) de la CIJ fait seulement mention des « décisions judiciaires » sans pour autant les limiter aux décisions internationales. La CIJ quant

---

[544] Les raisons de ces résistances sont multiples et elles ont déjà été examinées par la doctrine. Voy. notamment Guillaume (G.), « The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators », *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, n° 1, février 2011, pp. 5–23, notamment pp. 19-21.

[545] Voy. *ibid.* Pour l'usage des sentences arbitrales pour la CIJ Voy. par exemple CIJ, *Nottebohm* (exception préliminaire), arrêt du 18 novembre 1953, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 119 ; CIJ, *délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et* Bahreïn (Qatar c. Bahreïn), fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, pp. 100, 117 ; CIJ, *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, *C.I.J. Recueil 2018*, p. 139§52, 53, 64, 81 ; CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt, *C.I.J. Recueil 2009*, §21.

[546] Dans son sens strict, la jurisprudence est limitée aux seules décisions rendues par les tribunaux judiciaires.

[547] Voy. l'usage dans le même sens de ce moyen dans Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 496-497 ; Dupuy (P-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public, op. cit.*, pp. 408-409 ; Dupuy Dupuy (P-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public*, 17e éd, 2024, pp. 406-407 ; Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public, op.cit.*, p. 76.

à elle a déjà fait usage des décisions internes dans sa jurisprudence[548]. De ce fait, nous sommes d'avis que ces décisions internes sont effectivement incluses dans l'article 38§ 1-d) du Statut[549]. Dans l'état actuel des travaux de la CDI sur les moyens auxiliaires de détermination du droit international, les décisions internes sont reconnues, « dans certaines circonstances », comme des moyens auxiliaires[550]. La prudence de la CDI, encouragée par une partie des États[551], est représentée par la mention d'une limite, à savoir « dans certaines circonstances », dont le contenu exact n'est pas encore établi.

Le contentieux international. Les exemples apportés dans ce Chapitre ne se limitent pas aux décisions rendues par les juges et les arbitres. Il existe aussi des cas où l'État ayant présenté la demande l'a finalement retirée, car il est arrivé à un accord avec l'État défendeur. Il existe aussi des cas où le débat sur le fondement de la responsabilité est dirigé vers les mesures conservatoires décidées par les tribunaux et non vers les décisions finales. Ces exemples échappent donc à la notion de jurisprudence *stricto sensu*. Ils pouvaient donc soit être inclus dans le Chapitre sur la coutume, soit inclus dans un chapitre incluant le contentieux, mais plus large que la jurisprudence *stricto sensu*. Nous avons penché vers la deuxième option, car ces exemples sont, en dernière analyse, plus proches de la jurisprudence que de la pratique étatique comme élément constitutif de la coutume. L'ajout du « contentieux international » permet donc d'inclure ces exemples dans ce Chapitre.

Le rôle véritable de la jurisprudence. Il existe un débat interminable sur le rôle de la jurisprudence à la fois en droit interne et international. La question fondamentale porte sur l'existence d'un rôle créateur du droit pour les juges. En droit interne, ces débats sont liés aux critiques du « gouvernement des juges »[552]. En droit interne, le « gouvernement des juges » tend à souligner une surpuissance des juges qui se mêleraient d'autres pouvoirs. Il leur est parfois reproché de violer à la fois la séparation des pouvoirs et la souveraineté du peuple[553]. En droit

---

[548] Voy. Forteau (M.), « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *in* Aloupi (N.), Kleiner (C.) (dir.), *Le précédent en droit international*, *op. cit.* p. 90.
[549] Voy. dans ce sens Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 496-497.
[550] Voy. les projets de conclusions 2-a) et 4§ 2. *Deuxième rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international*, *op. cit.*, pp. 73-74.
[551] *Ibid.*, p. 17, § 54.
[552] Voy. par exemple Troper (M.), Pfersmann (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? » *in* Brondel (S.) *et al.* (ed.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Éditions de la Sorbonne, 2001 ; Le Pourhiet (A-M.) « Gouvernement des juges et post-démocratie », *Constructif*, vol. 61, n° 1, 2022, pp. 45-49 ; Rolland (P.), « Faut-il craindre le gouvernement des juges ? » *in* Michel Wieviorka (M.) (éd)., *Rendre (la) Justice*, Éditions Sciences Humaines, 2013, pp. 159-169 ; Terré (D.), « Le gouvernement des juges » *in* Terré (D.), *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, pp. 167-191 ; Bougrab (J.), Didier (M.), « Le Conseil constitutionnel et le gouvernement des juges » *in* Bougrab (J.), Didier (M.) (ed.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2005.
[553] *Ibid.*

international aussi ce reproche peut être formulé sous une autre forme. Le juge international pourrait contourner la volonté étatique pour arriver au résultat qui lui semble opportun. En réalité, l'activisme du juge international dépend du contexte de son action. Les juridictions permanentes n'ont pas la même approche du droit que les tribunaux d'arbitrage. Le juge des droits de l'homme ou du droit international pénal quant à lui n'a pas la même approche que le juge de la CIJ[554]. La fragmentation du droit et la diversification des juridictions internationales rendent donc impossible un jugement général quant à sa marge de manœuvre. L'on peut juste dire que le risque du « gouvernement des juges » est aussi présent, sous une autre forme, en droit international. En revanche, généralement parlant, on peut soutenir que les juges internationaux disposent d'une marge de manœuvre plus limitée que leurs collègues internistes[555].

Malgré cette marge de manœuvre plutôt limitée, la jurisprudence occupe une place importante en droit international. Elle ne se limite pas à la seule exégèse des textes. En interprétant les règles, le juge international peut aussi développer, voire pour certains, faire le droit[556]. Si l'on prend l'exemple du droit coutumier, la jurisprudence permet à la fois de constater l'existence d'une norme et d'en identifier le contenu[557]. Il a même été dit que dans l'ordre juridique

---

[554] En droit de la responsabilité, un exemple éloquent de cette différence est le débat sur le critère de contrôle entre la CIJ et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). Le débat est lié à l'article 8 des Articles de 2001 et au critère à adopter afin d'attribuer les actes des entités privées aux États.
La CIJ avait retenu le critère du contrôle « effectif » dans l'affaire de Nicaragua (CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, § 115-116*)*.
Le TPIY avait critiqué ce critère en proposant un autre, plus souple, à savoir le contrôle « global » (TPIY, l'affaire *Tadic* (Jugement), 15 juillet 1999, TPIY-94-1-A, § 124-146).
La CIJ a quant à elle répondu à cette prise de position dans l'affaire de génocide de 2007. Tout en reconnaissant la pertinence des décisions du TPIY pour son domaine d'expertise, le droit international pénal, il réaffirme sa position en droit international général en réitérant le critère du contrôle effectif.
CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*, § 403.

[555] Voy. à ce propos Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public, op.cit.*, p. 76. Voy. aussi l'opinion dissidente du juge Trindade Cançado dans l'affaire des *immunités juridictionnelles* : CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie ; Grèce [intervenant]), *op. cit*., pp. 179-195.

[556] Voy. sur ce sujet par exemple Aloupi (N.), Kleiner (C.) (dir.), *Le précédent en droit international*, *op. cit*. Voy. aussi Dupuy (P-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public, op. cit.*, p. 409 ; Dupuy (P-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public*, 17e éd, 2024, pp. 408-409 notamment la référence à l'affaire de la *frontière maritime du Golfe du Bengale*.
La question du rôle éventuel des juges dans la création des normes se pose aussi, depuis longtemps, dans le droit interne. Les exemples sont très nombreux, mais voy. par exemple Malaurie (P.), « Les précédents et le droit », *Revue internationale de droit comparé,* vol. 58, n° 2, 2006, pp. 319-326 ; Pratap (S.), « Judicial Precedent as a Source of Law », *Jus Corpus Law Journal*, vol. 2, n°3, March-May 2022, pp. 448-457 ; Abu Bakar (A.), Nambiar (V. V.), « Precedent as a Source of Law », *Indian J.L. & Legal Rsch*, vol. 5, n°1, 2023.

[557] « 83. Ces prémisses posées, il va de soi que, pour une chambre de la Cour, le point de départ du raisonnement en la matière ne peut être que la référence à l'article 38, paragraphe 1, du Statut de celle-ci. Aux fins que la Chambre envisage au stade actuel de son raisonnement, à savoir la détermination des principes et règles de droit

international, les décisions judiciaires remplissent une véritable fonction de « suppléance législative », voire le rôle de « "sage-femme" aidant une règle juridique à naître »[558]. Cette importance est particulièrement visible dans la jurisprudence de la CIJ qui a un rôle de premier plan dans la clarification du droit international. S. Sur souligne l'importance de la motivation dans les décisions de la Cour. Adoptant une méthode dissertative, ces motivations « comportent des exposés très élaborés sur l'état du droit international, et un examen extensif de ses différents aspects »[559].

Cette place est particulièrement importante s'agissant de la coutume et des principes généraux du droit. En effet, la Cour a eu un rôle important dans la constatation et l'identification du contenu de ces règles[560]. C'est dans cette fonction aussi que la Cour se rapproche le plus d'un rôle créateur. Certes, elle ne fait que « constater » les règles dérivées de la volonté étatique, mais sans son intervention ces règles ne verraient jamais le jour.

C'est ainsi que la jurisprudence trouve toute son importance pour le sujet qui nous préoccupe. Elle n'est pas une « source » indépendante. Elle n'a donc pas d'indépendance vis-à-vis des sources primaires. Il n'empêche que la dichotomie source/moyen auxiliaire représente mal la

---

international régissant en général la matière des délimitations maritimes, il sera fait référence aux conventions (lettre a) de l'article 38) et à la coutume internationale (lettre b)) à la définition de laquelle les décisions judiciaires (lettre d)) émanant soit de la Cour, soit de tribunaux arbitraux, ont jusqu'ici sensiblement contribué. »
CIJ, *Golfe de Maine* (Canada c. États-Unis d'Amérique), Arrêt sur le fond, Arrêt du 12 octobre 1984, *C. I. J. Recueil 1984*, p.35 cité *in*. Distefao (G.), Buzzini (G.), *Bréviaire de jurisprudence internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2e éd., 2010.

[558] Distefao (G.), Buzzini (G.), *Bréviaire de jurisprudence internationale*, *op. cit.*, p. IX.

[559] Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public, op.cit.*, p. 76.

[560] *Ibid.* Voy. aussi une confirmation de ce rôle dans l'affaire de *Golfe de Maine* :
« 83. Ces prémisses posées, il va de soi que, pour une chambre de la Cour, le point de départ du raisonnement en la matière ne peut être que la référence à l'article 38, paragraphe 1, du Statut de celle-ci. Aux fins que la Chambre envisage au stade actuel de son raisonnement, à savoir la détermination des principes et règles de droit international régissant en général la matière des délimitations maritimes, il sera fait référence aux conventions (lettre a) de l'article 38) et à la coutume internationale (lettre b)) à la définition de laquelle les décisions judiciaires (lettre d)) émanant soit de la Cour, soit de tribunaux arbitraux, ont jusqu'ici sensiblement contribué. »
CIJ, *Golfe de Maine* (Canada c. États-Unis d'Amérique), Arrêt sur le fond, Arrêt du 12 octobre 1984, *C. I. J. Recueil 1984*, p.35 cité *in*. Distefao (G.), Buzzini (G.), *Bréviaire de jurisprudence internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2e éd., 2010

nature de la jurisprudence[561] et qu'elle est toujours la continuité d'une véritable source du droit international[562].

La jurisprudence sur la place de la responsabilité objective. Il convient aussi de préciser que les exemples jurisprudentiels sur la responsabilité objective ne se limitent pas à ceux qui seront examinés dans ce Chapitre. Il existe aussi d'autres exemples, liés notamment à l'application des droits conventionnels, qui seront examinés dans la Deuxième Partie. Ces exemples portent essentiellement sur le régime de la responsabilité et non pas sa place en droit international. Dans ce Chapitre, l'accent sera mis sur les exemples qui nous permettent de clarifier la place de la responsabilité objective telle que définie dès l'introduction.

La rencontre entre la diligence requise et la responsabilité objective. Dans l'étude de la jurisprudence et du contentieux, le premier constat est le nombre modeste des arrêts portant sur la responsabilité objective *stricto sensu*. Il faut dire d'emblée qu'un grand nombre d'arrêts pouvant nous intéresser sont à la croisée de la responsabilité classique et objective. De ce fait, ce Chapitre aurait pu se limiter à quelques décisions emblématiques qui reconnaissent la responsabilité objective, en écartant les affaires où le fondement de la responsabilité est plus incertain. Or, en réalité, ces dernières ont un rôle essentiel dans la compréhension de la place de la responsabilité objective. Pour certains, elles constituent aussi une reconnaissance de la responsabilité objective. Pour nous, elles sont basées plutôt sur le principe de prévention. Néanmoins, elles suscitent des questions importantes sur les rapports entre les responsabilités

---

[561] Sur les rapports entre la jurisprudence et les sources formelles du droit international voy. Forteau (M.), « Les décisions juridictionnelles comme précédent », *op. cit.* pp. 92-98. Au contraire de ce que nous avons défendu, Forteau semble mettre en question la limitation de la jurisprudence à un simple rôle de « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ». Selon Forteau, l'étude de la jurisprudence sous l'angle positiviste de la théorie des sources aboutit à une impasse. Il ajoute que la nature de la jurisprudence ne peut être comprise que selon une conception « pré-positiviste » du droit. Dans cette conception le précédent est un « outil du jugement pratique ». Dans les passages cités, il a présenté le sens et la pertinence de cette deuxième conception.

[562] Pour une analyse forte intéressante du sujet voys. Aloupi (N.), Kleiner (C.), « Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif », *op. cit.*, pp. 41-42. Il faut préciser que les auteurs utilisent le « précédent » dans un sens large qui ne se limite pas aux précédents judiciaires. Elles sont d'avis que les « précédents » occupent une place entre une simple technique prénormative et un véritable acte normatif. Elles ont souligné les difficultés de saisir la place des « précédents » ainsi que leur vision de ce qu'est cette place :

« De la même manière que le raisonnement binaire "sources du droit/moyen auxiliaire pour déterminer l'état du droit international" ne permet pas d'appréhender entièrement le rôle actuel de la jurisprudence internationale, la dichotomie force "obligatoire/persuasive" limite également notre compréhension du précédent international et de ses effets. À l'instar de *soft law*, le précédent international peut en définitive avoir des effets "juridiques" non seulement en tant que *partie* ou *étape* du processus coutumier ou jurisprudentiel, mais également *per se*, dans la mesure où il est pris en considération par les sujets du droit et les juridictions internationales qui doivent *se justifier* s'ils décident de l'ignorer ou de s'en écarter en invoquant les raisons leur permettant de ce faire. »

Aloupi (N.), Kleiner (C.), « Le précédent en droit international : technique pré-normative ou acte normatif », *op. cit.*, pp. 41-42.

objective et classique. Selon nous, elles contribuent aussi à la consolidation de la responsabilité objective en renforçant son fondement théorique.

Au regard de ces considérations, la jurisprudence et le contentieux pertinents peuvent être regroupés sous deux catégories. Ils ont soit reconnu (Section 1), soit consolidé (Section 2) la responsabilité objective.

Section 1 : La jurisprudence et le contentieux reconnaissant la responsabilité objective

Une reconnaissance de la responsabilité objective peut être trouvée à la fois dans les décisions internationales (§1) et nationales (§2). Parmi les décisions nationales, l'accent sera mis sur celles ayant un élément d'extranéité.

§1. La reconnaissance de la responsabilité objective dans les décisions internationales

La sentence arbitrale de la *Fonderie de Trail* a toujours été l'exemple par excellence, apporté en faveur de la responsabilité objective (A.). À côté de ce précédent tout à fait emblématique, l'affaire *Barrage de Gut* peut aussi être incluse dans les décisions ayant affirmé la responsabilité objective (B.).

A. La Fonderie de Trail

Un exemple classique des dommages transfrontières. Parmi une multitude de décisions apportées en faveur de la responsabilité objective, la *Fonderie de Trail* occupe une place toute particulière. En tant qu'exemple classique, elle a longtemps servi de base pour défendre la généralisation de la responsabilité sans fait illicite. Il s'agit en l'espèce d'une fonderie privée située en Colombie britannique à environ 11 kilomètres de la frontière américaine, le long du fleuve Columbia. À la différence des affaires telles que l'*Usine de pâte à papier*[563], les dommages étaient dus ici, non pas à la pollution d'un cours d'eau international, mais aux fumées de dioxyde sulfurique dirigées par les vents dominants vers le territoire américain. Les premières victimes étaient les ressortissants américains qui ont subi les effets dommageables produits par la fonderie. Il est donc intéressant de noter qu'il s'agit d'un auteur de dommage privé et de victimes majoritairement privées aussi.

En l'espèce, il existait un mécanisme conventionnel de coopération entre les États-Unis et le Royaume-Uni. En 1909, les deux États avaient signé un traité bilatéral qui mettait en place une commission conjointe, l'*International Joint Commission* (IJC). La Commission avait pour mission de prévenir les différends transfrontaliers, notamment concernant les ressources d'eau partagée. Dans un premier temps, c'est la Commission elle-même qui a examiné les demandes

[563] CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), *op. cit.*, p. 14.

américaines. Néanmoins, selon le traité bilatéral, elle n'était pas un tribunal et n'avait pas le pouvoir de rendre des décisions obligatoires. Par conséquent, elle n'a fait que « recommander » le paiement de 350 000 dollars aux victimes américaines. Elle n'a d'ailleurs pas décidé si la fonderie pouvait continuer ses opérations et s'il y avait besoin de mesures précises afin de réduire la pollution[564]. En conséquence de ces lacunes, les gouvernements américains et anglais[565] ont fini par signer une convention d'arbitrage le 15 avril 1935 afin de mettre en place un tribunal arbitral. Le compromis met alors à la charge du tribunal de répondre à quatre questions distinctes, mais liées entre elles. La première concerne la réalité ainsi que la gravité des dommages subis[566] et, s'il y a lieu, le montant d'indemnités adéquates. La deuxième question est celle de l'obligation, ou non, pour la fonderie, de mettre fin aux effets dommageables. La troisième concerne les mesures que la fonderie doit mettre en place et la dernière question est relative aux dommages qui pourraient se produire nonobstant les mesures prises.

Les dommages effectifs et hypothétiques. Afin de faciliter l'analyse de l'arrêt, il faut distinguer entre, d'une part, les dommages déjà produits, et d'autre part, ceux susceptibles d'être produits à l'avenir. Les dommages futurs sont ceux qui peuvent être causés même en respectant les précautions prescrites.

S'agissant des premiers (les dommages déjà survenus), le tribunal a répondu en constatant le caractère réel et grave des dommages subis. Il a condamné le Canada à payer 75 000 dollars en réparation. Ce montant devait s'ajouter aux 350 000 dollars que l'International Joint Commission avait déjà « recommandé » de payer. Quant au deuxième cas (des dommages qui pourraient être produits), il décide d'abord de mettre en place un mécanisme technique, proposé par des experts, destiné à mettre fin aux dommages subis. En revanche, il ne va pas jusqu'à interdire l'activité de la fonderie même si elle devait continuer à produire des fumées. En revanche, il va prévoir une véritable responsabilité objective au cas où de tels dommages continuaient à se produire.

Le Tribunal envisage, *a minima*, la *possibilité* d'une responsabilité objective. En décidant que les dommages créés après sa décision devraient être réparés, même sans fait illicite, il prescrit

---

[564] Voy. Prunella (C.), « An International Environmental Law case study: The Trail Smelter Arbitration », *International pollution issues*, décembre 2014, disponible ici : https://intlpollution.commons.gc.cuny.edu/an-international-environmental-law-case-study-the-trail-smelter-arbitration/

[565] Le Canada étant alors un dominion du Royaume-Uni.

[566] Il s'agit des dommages subis avant la date critique du 1er janvier 1932.

une responsabilité objective hypothétique. Cependant, il faut savoir que les mesures prises dans le cadre du différend ont mis fin aux dommages transfrontières[567].

Les dommages effectifs. Les choses sont plus compliquées dans le cadre des dommages déjà survenus et de l'indemnisation véritablement accordée. Le débat doctrinal trouve son origine dans l'absence de référence à l'illicite pour accorder l'indemnisation. En effet, dans sa réponse à la première question du compromis sur la réalité du dommage et l'indemnisation adéquate, le tribunal n'apporte pas de preuve d'illicéité. Il se contente de démontrer un dommage suffisamment grave et clairement établi.

Cette « absence de l'illicite » a fait dire à certains[568] qu'il s'agissait ici d'une véritable responsabilité causale. Le tribunal s'étant contenté de faire le lien entre le dommage produit et son auteur, on serait alors en présence d'une véritable responsabilité objective.

Un passage important et emblématique. Au-delà des différents types de dommages, un passage de la décision a attiré l'attention de la doctrine favorable à la généralisation de la responsabilité objective. Dans ce passage, le tribunal arbitral semble donner une règle générale interdisant les dommages transfrontaliers non indemnisés :

> « … Selon les principes du droit international, ainsi que le droit des États-Unis, *aucun État n'a le droit d'user de son territoire ou d'en permettre l'usage, de manière que des fumées provoquent un préjudice sur le territoire d'un autre État voisin* ou aux propriétés des personnes qui s'y trouvent, s'il s'agit de conséquences sérieuses et si le préjudice est prouvé par des preuves claires et convaincantes.[569] »

Les partisans de la responsabilité objective y voient un exemple parfait de la reconnaissance jurisprudentielle du principe.

L'opposition doctrinale. En revanche, d'autres membres de la doctrine refusent d'y voir une responsabilité en l'absence de fait illicite. Parmi eux, les positions de Barboza et Dupuy peuvent être mentionnées[570].

---

[567] Pour voir une interprétation similaire voy. Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, pp. 49-51.

[568] Voy. par exemple Kelson, (J. M), « State responsibility and the abnormally dangerous activity », *Harv Int'l L J*, vol. 13, n°2, p. 235 ; Schneider (J.), « State responsibility for environmental protection and preservation: ecological unities and a fragmented world public order », *in Yale Studies on World Public Order*, vol. II, 1975, p. 68 ss.

[569] Italiques ajoutés. Affaire de la *Fonderie de Trail* (États-Unis d'Amérique c. Canada) (2e sentence), Nations Unies, *RSA*, vol. III, p. 1965. Au regard de l'importance majeure de ce passage, nous transmettons ci-dessus la version originale en anglais :

« *under principles of international law, as well as the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties of persons therein, when this is of serious consequences and the injury established ...* »

[570] Il en était de même pour Sir Gerald Fitzmaurice. Voy. *ACDI*, 1957, p. 174, § 16.

Le rapporteur spécial Barboza trouve dans l'indemnisation accordée une responsabilité pour fait illicite. C'est ainsi qu'il a démontré sa position :

> « *The tribunal most likely thought that the compensation international law imposed on Canada was a secondary obligation and fault was irrelevant, as is in most international obligations. In that case, the conduct of Canada in inflicting on the United States territory injury by fumes was a wrongful conduct. Moreover, risk was not mentioned at all in the judgment: the activity must have been recognized by the tribunal as a noxious conduct*. »[571]

Ce passage ne peut que nous étonner à bien des égards. Premièrement, Barboza mentionne que la conduite du Canada, en imposant un dommage sur le territoire américain, était un acte illicite. En revanche, à aucun moment dans son exposé, il ne nous dit quelle règle de droit international avait été violée et pourquoi le tribunal ne s'est pas donné la peine d'établir cette violation. Son argumentation peut même laisser supposer que le Canada était responsable du simple fait de création d'un dommage transfrontière.

Il ne faut pas non plus se méprendre sur l'usage de faute par le rapporteur spécial. Il vise la faute subjective et non pas celle objectivée qui équivaut au fait illicite. En effet, il écrit que la faute aurait été non-pertinente comme pour la plupart des autres obligations internationales. Au regard de cette dernière partie de la phrase (« *as is in most international obligations* »), il est clair que le deuxième rapporteur spécial avait à l'esprit la notion subjective de faute. Or, chacun le sait, la procédure d'objectivation de la faute a abouti depuis bien longtemps[572].

Un deuxième exemple contre l'interprétation en faveur de la responsabilité objective peut être trouvé dans les écrits de Dupuy. Selon lui, le tribunal n'avait pas à démontrer l'illicite, tout simplement parce que ce dernier était déjà établi dans le compromis[573]. Selon lui, le Canada a reconnu être en violation du droit international dans le compromis et le tribunal n'avait donc qu'à démontrer le dommage et la réparation correspondante. Malheureusement, Dupuy ne développe pas précisément cette position. Il se contente de déclarer que le compromis d'arbitrage, notamment par le biais des questions posées au tribunal, démontre l'acceptation de l'existence de l'illicite.

Il aurait été préférable que l'estimé Professeur nous dise en quoi le compromis constitue une telle acceptation. En réalité, le compromis ne mentionne même pas le terme « faute » ni « fait illicite », ni d'ailleurs aucun autre terme qui pourrait aller dans ce sens. Une telle déduction ne

---

[571] Barboza (J.), *The Environnement, risk and liability*, *op. cit*, p. 48.

[572] Anzilotti (D.), *Cours de droit international,* traduction de Gilbert Gidel d'après la troisième édition italienne, Paris, Sirey, 1929 ; Dupuy (P-M.), Dupuy (P-M.), « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *op. cit.*, p. 29 ss.

[573] Dupuy (P-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, pp. 31-33.

peut donc être faite qu'au regard de l'esprit du texte. Or, à partir du moment où le texte ne mentionne pas l'illicite expressément, il aurait fallu expliquer en quoi l'esprit du texte montre l'acceptation de l'illicite.

Cette lecture de la décision est d'autant plus étonnante que la deuxième question du compromis est celle de savoir si la fonderie était dans l'obligation de mettre fin aux dommages produits dans le passé (à supposer qu'ils étaient établis). Si le Canada avait accepté d'être en violation du droit international, rien n'aurait justifié une violation continue du droit international après la décision du tribunal[574].

Un appui considérable pour la responsabilité objective. Cette décision est l'un des points de rupture entre les partisans et opposants de la généralisation de la responsabilité objective. Il a été rappelé en quoi les deux parties s'opposent. Or, à la lecture de la décision, il apparaît que le fondement de la responsabilité n'était de toute façon pas le souci premier du tribunal. Les arbitres se sont d'ailleurs basés davantage sur le droit interne américain que sur le droit international (qui n'était pas des plus développés à l'époque). Comme le souligne très justement Dupuy[575], la portée *erga omnes* de la décision n'est aucunement établie.

En revanche, il est vrai qu'au bout du compte, le tribunal a octroyé un montant important sans se pencher sur l'existence de l'illicite. De ce fait, et sauf à accepter la thèse de Dupuy[576], cette jurisprudence se base en réalité sur la responsabilité objective.

Dans la même veine que la *Fonderie de Trail,* l'affaire concernant le barrage Gut est aussi basée sur la responsabilité objective.

B. Le Barrage Gut

Les faits. En l'espèce, il s'agissait de la construction d'un barrage sur le territoire canadien avec l'objectif de faciliter la navigation sur le fleuve Saint-Laurent. Ce dernier trouve sa source dans le lac Ontario. Il traverse la province de Québec avant de se jeter dans le golfe de Saint-Laurent. Les États-Unis d'Amérique avaient accepté la construction du barrage à condition que le Canada accepte de prendre en charge tout dommage qui pourrait être causé aux citoyens américains du fait de sa construction. Or, en 1952 et 1953, un concours de circonstance, les conséquences de la construction du barrage ajouté à plusieurs tempêtes, a fait remonter l'eau à

---

[574] Voy. une position proche, mais plus nuancée dans Nègre (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement*, *op. cit.*, p. 211.

[575] *Ibid*, pp. 185-186.

[576] La thèse selon laquelle, le Canada aurait accepté sa négligence en amont du procès. Nous ne pouvons que regretter l'absence de développement plus important ou, au moins, une référence précise au compromis pour démontrer ce point.

des niveaux dangereux. Plusieurs citoyens américains ont subi des dommages à cause de cette remontée d'eau du lac Ontario.

Par conséquent les parties se sont mises d'accord pour mettre en place le Tribunal du Lac Ontario pour régler la question de la responsabilité. Le Tribunal s'est contenté de déclarer la responsabilité du Canada sans aucune référence à une négligence ou autre fait illicite[577]. En 1968, le Canada a accepté de payer 350 000 dollars aux États-Unis en tant que réparation intégrale. Ce montant est l'équivalent d'un peu plus de 3 millions de dollars en 2023[578].

L'incidence sur le sujet. Cette affaire, même si elle est beaucoup moins connue que la précédente, a une double importance pour le sujet qui nous concerne. La première concerne encore une fois une réparation qui est accordée sans aucune référence à l'illicite dans le jugement et la deuxième concerne l'origine de l'obligation constatée. En effet, au contraire de la quasi-totalité des affaires mentionnées dans la doctrine, celle-ci trouve son origine dans un traité bilatéral. Au regard des risques inhérents au barrage, les deux parties avaient décidé, en amont, que tout dommage produit serait soumis à un régime de responsabilité objective. La partie pertinente du traité en question se lit ainsi :

> « *[I]f the construction and operation of the said dam shall cause damage or detriment to the property owners of Les Gallops Island, or to the property of any other citizens of the United States, the government of Canada shall pay such amount of compensation as may be agreed upon between the said government and the parties damages, or as may be awarded the said parties in the proper court*… »[579]

Au regard de ce fondement conventionnel, certains auteurs ont émis des doutes quant à sa portée dans le droit international coutumier[580]. Or, cela ne remet guère en question la pertinence de l'affaire. Certes, cette décision n'est pas basée sur une obligation coutumière, mais seulement conventionnelle. Il n'empêche que l'obligation de réparation est clairement basée sur la responsabilité objective, plus précisément la théorie du risque.

À cet égard la défense américaine devant le Tribunal du Lac Ontario est particulièrement intéressante. Selon les États-Unis :

> « *The evidence is clear that* Canada enjoyed half a century of benefits as a result of, and based on, United States consent subject to this condition. *There can be no doubt that Canada is bound*

[577] Affaire *Gut Dam*, Canada c. États-Unis d'Amérique, 1968, *ILM*, pp. 118-143.
[578] Les évaluations monétaires sont faites grâce au site du « Federal Reserve Bank of Minneapolis » : https://www.minneapolisfed.org/about-us/monetary-policy/inflation-calculator
[579] *IELR*, I, 393 cité *in* Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 53.
[580] Barboza, *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, pp. 53-54

by this condition, and that Canada must now pay compensation for damage *or detriment to United States citizens caused by the construction and operation of Gut Dam*. »[581]

On ne peut mieux résumer le fondement théorique de la responsabilité objective. Le Canada a bénéficié des avantages de ce projet pendant des décennies. Désormais, à lui d'assumer aussi les conséquences de cette activité enrichissante, mais dangereuse[582].

§2 La reconnaissance de la responsabilité objective dans les décisions nationales

L'élément d'extranéité. Le principe de la responsabilité objective existe dans beaucoup de droits internes et il est appliqué fréquemment par les juridictions nationales. Ce n'est donc pas la reconnaissance de la responsabilité objective dans les rapports purement internes qui nous intéresse[583]. Ce qui nous intéresse davantage est cette reconnaissance en présence d'un ou plusieurs éléments d'extranéité. Ayant examiné le sujet dans les droits internes, nous n'avons trouvé que quelques exemples qui ont affirmé la responsabilité objective. La plupart des exemples apportés dans la doctrine ne nous intéressent pas dans ce Chapitre. Beaucoup d'entre eux sont en réalité basés sur la négligence de la personne responsable. Pour certains autres, l'affaire a été réglée dans le cadre d'un régime conventionnel[584]. Par exemple, il existe de nombreuses décisions internes qui ont retenu la responsabilité objective dans le cadre de la pollution par les hydrocarbures, mais elles sont en réalité une simple application des conventions de l'OMI. De ce fait, elles ne disent pas grand-chose sur la place de la responsabilité mais s'intéressent plutôt à son régime qui est l'objet de la Deuxième Partie.

Nous avons donc cherché des exemples qui n'impliquent pas la négligence de la personne responsable. Nous avons aussi cherché des exemples qui soient en dehors des cadres conventionnels et intégrant un élément d'extranéité. Avec ces restrictions, nous n'avons trouvé

---

[581] Canada-United States Settlement of Gut Dam Claims (27 September 1968), Report of the Agent of the United States Before the Lake Ontario Claims Tribunal, 8 ILM 118-143 (1969), p. 135 cité *in* Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.*, p. 251.

[582] Pour une analyse similaire de l'affaire voy. Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.*, pp. 250-252.

[583] Il suffit de se référer à n'importe lequel des manuels en droit de la responsabilité civile ou administrative pour trouver un grand nombre d'exemples pour cette forme de responsabilité en droit interne. Pour un recensement d'exemples en *common law* voy. Jones (W. K.), « Strict Liability for Hazardous Enterprise », *Col. L. R.*, vol. 92, n° 7, novembre 1992, pp. 1705-1779 ; Keating (G. C.), « The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability », *Vand. L. Rev.*, vol. 54, n° 3, avril 2001, pp. 1285-1336.

[584] Voy. par exemple Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.*, pp. 280-312. La majorité des précédents apportés par Horbach ne nous intéressent pas dans ce Chapitre. Ces exemples portent soit sur l'application d'une règle conventionnelle, soit sur la négligence de la personne responsable.

que deux exemples pertinents. Cela étant, nous ne prétendons pas à l'exhaustivité dans le paragraphe actuel qui recouvre un champ matériel et spatial très large. Les quelques exemples trouvés permettent quand même de tirer quelques leçons de l'approche du sujet dans les droits internes. Il s'agit de l'affaire *Bhopal* (A.), et *des Mines de potasses d'Alsace* (B.) qui seront présentés par ordre d'importance pour notre démonstration.

A. L'affaire Bhopal

Les faits et la procédure. Avec l'exception possible de Tchernobyl, il s'agit de l'accident industriel le plus grave de l'histoire[585]. Il a aussi donné suite à une procédure judiciaire conséquente. Il faut aussi préciser que cette décision concerne les dommages créés par la filiale d'une entreprise américaine sur le territoire indien. Il ne s'agit donc pas de dommages transfrontières *stricto sensu*. L'élément d'extranéité est ici plutôt relatif à la nationalité de l'auteur des dommages.

L'accident est survenu dans la nuit du 2 au 3 décembre 1984 à Bhopal, une ville du centre de l'Inde. Il s'agissait d'un site de production de pesticide qui appartenait à Union Carbide India Limited (UCIL), une filiale de l'Union Carbide Corporation (UCC), une entreprise américaine. Après une explosion, des dizaines de tonnes d'isocyanate de méthyle ont été dégagées dans l'atmosphère de la ville. Plusieurs milliers de personnes sont décédées[586] et plus de 300 000 personnes ont été blessées[587].

L'État *parens patriae.* Au regard notamment du nombre de personnes concernées, le parlement indien a désigné le gouvernement comme le représentant exclusif des victimes. La *Bhopal Gas Leak Disaster Act* de 1985 s'appliquait en effet de manière rétroactive. Cette *Act* offre la première leçon de l'affaire. On voit bien que malgré les efforts pour la privatisation de contentieux, l'État est obligé d'intervenir dans les cas les plus graves. Le gouvernement indien a d'abord essayé de poursuivre l'UCC devant les tribunaux américains. Il a porté l'affaire devant la federal district Court of the Southern District of New York en avril 1985. Le tribunal américain a pourtant refusé de statuer notamment en déclarant que l'UCIL était une entreprise indienne et que la responsabilité de la société mère américaine ne pouvait pas être engagée.

L'État agissant *parens patriae* a donc fini par former un recours en Inde devant le District Court de Bhopal. Le gouvernement avait demandé 3,3 milliards de dollars en réparation (l'équivalent

---

[585] Cassels (J.), «The Uncertain Promise of Law: Lessons from Bhopal », *Osgoode Hall L J*, vol. 29, n°1, Spring 1991, p. 2.
[586] Le chiffre exact n'est pas connu et il existe des divergences dans les différents rapports sur le nombre de blessés.
[587] Voy. Bailly (O.), « Bhopal, l'infinie catastrophe », LeMonde diplomatique, décembre 2004, pp. 18-19.

de 9,17 milliards en 2023). Après de multiples tumultes judiciaires, l'affaire a été réglée en dernier ressort selon les instructions de la Cour Suprême indienne. En 1989, les parties sont arrivées à un accord[588] « sous l'égide »[589] de la Cour Suprême pour un montant total de 470 millions de dollars (1,1 milliard de dollars en 2023). Quelques semaines plus tard, les deux sociétés ont annoncé avoir versé la somme au gouvernement indien.

Une responsabilité objective. Le règlement final de l'affaire a été fait nonobstant un acte illicite quelconque. Ce montant est payé uniquement en fonction du dommage créé. Cela étant, il s'agit donc d'une reconnaissance de la responsabilité objective. Il est intéressant de remarquer que cette affaire est aussi représentative de l'*opinio juris* étatique et elle n'est pas basé sur un droit conventionnel quelconque. Cela dit, le fait que le défendeur n'ait pas été « condamné » au sens strict du terme, n'enlève rien de sa valeur. Condamnée ou pas, la Cour suprême a chapeauté le processus et a confirmé le montant de l'accord.

Malgré différentes prétentions, la cause exacte de l'accident n'a jamais été établie. Il a été causé par un débordement d'eau dans un réservoir de stockage, mais on ne connaît pas la raison exacte de ce débordement. Selon l'UCIL, il s'agissait d'un acte de sabotage de la part d'un employé indien du site. Elle n'a pourtant pas pu prouver cette affirmation. La cause plus généralement acceptée est celle d'une défaillance au cours d'une opération de nettoyage de routine[590]. Il y aurait eu une défaillance dans le maintien et la fermeture d'une série de soupapes pendant une vidange du système. Ces défaillances auraient causé un débordement d'eau dans le réservoir de stockage. Cette théorie non plus n'a pas été prouvée. C'est là justement l'intérêt de l'affaire. Beaucoup d'accidents sont en réalité causés par la négligence, mais cette dernière est parfois impossible à démontrer. Dans ce cas, et dans l'intérêt des victimes, la responsabilité objective doit prendre le relais.

L'intérêt de l'affaire. L'affaire est intéressante sur plusieurs plans. Avant tout, elle relève d'une importance majeure dans le droit international privé, quant au fameux « *corporate veil* » et l'engagement de la responsabilité de la société mère. Dans une perspective plus globale, celle des approches tiers-mondistes, elle fournit un exemple très parlant des rapports cyniques entre les entreprises du Nord et leurs hôtes du Sud. Malgré son importance, l'aspect procédural du droit international privé ne nous intéresse pas directement. Celui-ci a été pourtant discuté en

---

[588] Il s'agit d'un « *civil settlement* ».

[589] Certains dans la doctrine ont prétendu que la Cour Suprême a « ordonné » cet accord. Or, en réalité, rien de tel. La Cour avait plutôt incité les parties à arriver à un accord. Cet accord est donc fait pour éviter une procédure qui aurait pu durer pendant des décennies, selon le gouvernement indien. Voy. Cassels (J.), « The Uncertain Promise of Law: Lessons from Bhopal », *op. cit.*, notamment pp. 39-40,

[590] *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 3-4.

profondeur par la doctrine[591]. Ce qui nous intéresse, c'est l'apport de l'affaire quant à la place de la responsabilité objective. Il s'agit d'un accident historique et d'un exemple parfait de la responsabilité pour risque. N'oublions pas l'ampleur de l'affaire. L'organe étatique en charge du dossier, le « *Bhopal Gas Tragedy Relief and Rehabilitation Department* », avait à examiner 602,435 demandes en réparation. Il a fallu quatre entrepôts pour archiver les dossiers et leur transport au tribunal aurait exigé quarante camions.

Une réparation dérisoire. Le premier constat est le montant particulièrement faible accordé par les sociétés responsables. Ayant divisé le montant total des indemnisations par des milliers de victimes identifiées, la moyenne des paiements est située entre 500 et 750 dollars ! Ce montant est à mettre en lien avec d'autres « *settlements* » qui remontent à la même époque. Dans l'exemple du « *settlement* » du Johns-Manville asbestos le montant total était 2,5 milliards de dollars (à 60 000 victimes) et dans A. H. Robbins de l'ordre de 2,9 milliards de dollars (à 195 000 victimes)[592]. D'autres exemples, apportés dans cette thèse, montrent aussi le caractère dérisoire du montant par rapport au poids financier de l'UCL et surtout, à l'énormité des souffrances imposées aux victimes[593].

L'arrêt du 4 mai 1989. La Cour Suprême indienne était sous une grande pression pour avoir « cautionné » l'accord entre le gouvernement et les sociétés privées. Elle a donc tenu à expliquer le raisonnement derrière sa position dans un arrêt du 4 mai 1989. La Cour y explique que sa considération première était l'intérêt des victimes. Elle ajoute que le montant de réparation avait été calculé sur la base des précédents similaires en Inde, tels que présentés par les parties au litige. Elle souligne que le montant accordé était en réalité même plus élevé que ce qui était coutumier en Inde[594]. Dans un passage fort intéressant, la Cour relève le fond de son choix, certes très douloureux :

> « *[I]n the present case, the compulsions of the need for immediate relief to tens of thousands of suffering victims could not, in our opinion, wait till these questions, vital though they be, are resolved … The tremendous suffering of thousands of persons compelled us to move into the direction of* immediate relief which, we thought, should not be subordinated to the uncertain promises of law. »[595]

La protection des victimes. Cette affaire est aussi un rappel de la pertinence de la responsabilité objective face à certains acteurs économiques particulièrement cyniques. Alors

---

[591] Voy. *ibid.* notamment pp. 26-31.
[592] *Ibid.*, p. 39.
[593] Voy. par exemple l'ampleur des réparations effectuées par British Petroleum après l'accident du *Deepwater Horizon*. Garza-Gomez (X.), Lee (Y.G.), Lee (R.), « Ultimate Costs of the Disaster: Seven Years After the Deepwater Horizon Oil Spill », *Corporate accounting and finance*, vol. 29, n°1, janvier 2018, pp. 69-79.
[594] Voy. Cassels (J.), « The Uncertain Promise of Law: Lessons from Bhopal. », *op. cit.*, pp. 39-42.
[595] La Cour suprême indienne, *Union Carbide Corporation v. Union of India*, (1989) 3 S.C.C. 38, p. 51.

que la société mère américaine était l'actionnaire majoritaire de la filiale (l'UCIL) et qu'elle exerçait un contrôle important sur les décisions prises, les tribunaux américains ont refusé de statuer. Les tribunaux indiens, eux, étaient tenus par des plafonds extrêmement bas. Ils étaient aussi face à un dossier si énorme, qu'un examen juridictionnel « traditionnel » aurait duré des dizaines d'années. On voit bien qu'à l'époque comme aujourd'hui les choix dits « pragmatiques » s'imposent à tous. Un montant total en apparence important est alloué à un organisme intermédiaire qui le départagera en fonction d'un examen rapide des dossiers. Les sociétés privées, elles, prétendent à l'existence d'un acte de sabotage pour se protéger de toute obligation. Dans un contexte si compliqué, la responsabilité objective est le seul rempart qui reste pour les victimes[596].

B. Les mines de potasse d'Alsace

Les faits et la procédure. Cette affaire très connue porte sur les dommages transfrontières causés à travers le Rhin. Les Mines de potasse d'Alsace (les MPA) avaient déversé du sel, produit par le traitement du minerai, dans le Rhin. À l'époque, cette opération était considérée comme normale[597]. Elle avait pourtant causé des inquiétudes pour les pays en aval. Deux entités néerlandaises avaient alors introduit des requêtes contre les MPA. Il s'agissait, d'une part, de G J Bier BV (une société pépiniériste) et Reinwater (une fondation dédiée à la protection de la qualité de l'eau dans le bassin du Rhin). Tous deux ont estimé qu'ils subissaient des dommages du fait de l'augmentation de la salinité dans le Rhin.

En l'espèce, le gouvernement des Pays-Bas n'avait pas voulu présenter de recours contre le gouvernement français. La requête a donc été réglée entre les parties privées. Les victimes néerlandaises avaient présenté des requêtes en 1974 devant la « District court of Rotterdam ». Elles avaient aussi intenté des procédures en France. Ces procédures, très longues, ont duré jusqu'en 1988. Finalement, le conflit a été réglé par un règlement extrajudiciaire entre les MPA et les victimes qui ont obtenu une indemnisation à la hauteur de 2 millions de dollars (5,15 millions de dollars en 2023)[598].

La reconnaissance de la responsabilité objective. En réalité, les détails de l'affaire devant les juridictions internes ne nous intéressent pas. Ils n'ajoutent pas grande chose à ce qui a déjà été évoqué par rapport à la place de la responsabilité objective. Ce qui nous intéresse est surtout la

---

[596] Voy. pour un développement de cet exemple l'affaire *M.C Mehta* qui a aussi retenu la responsabilité objective : *M.C Mehta v. Union of India*, A.I.R. 1987 S.C, p. 1099

[597] Voy. les Commentaires de 2006, § 12 de commentaires sur le Principe 6, p. 88, note de bas de page n° 168.

[598] Les faits sont tirés des résumés par Horbach et par les Commentaires de 2006. Voy. *ibid.* Voy aussi Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.*, pp. 281-283.

reconnaissance de la responsabilité objective par les tribunaux néerlandais. Horbach rapporte ces décisions qui reconnaissent assez clairement cette forme de responsabilité[599]. Déjà dans son ordonnance du 8 janvier 1979, le District court avait déclaré

> « *the discharge of saline waste into an international river by a legal person under national law in this case constitutes a violation by the latter of a general principle of law binding upon it,* sic utere tuo ut alienum non laedas. »[600]

La Cour a retenu cette approche dans sa décision finale du 13 décembre 1983. Elle a en effet condamné les MPA à indemniser les victimes. Au premier abord, l'on pourrait douter de la portée exacte de cette décision. Effectivement, la Cour a condamné les MPA pour la *violation* du principe de *sic utere*. Cependant, en réalité, elle ne s'est pas fondée sur la violation d'une norme primaire spécifique. Au contraire, elle semble avoir reconnu le simple dommage transfrontalier comme une violation du droit international, ce qui pourrait être interprété comme une reconnaissance (indirecte ?) de la responsabilité objective. La Cour a déclaré que le rejet des résidus salins dans un fleuve international constituait une violation du principe de *sic utere*. Quelle serait donc la différence entre cette situation et celle où un accident industriel cause la pollution d'une ressource naturelle partagée, sans qu'il soit possible de démontrer la négligence de l'exploitant ? Dans les deux cas, la responsabilité découle, en dernière analyse, du dommage créé et non du comportement à l'origine de ce dommage.

Cela étant dit, il faut rester prudent pour deux raisons. Premièrement, la Cour déclare la responsabilité de MPA « *under national law* », même s'il s'agit en réalité d'un dommage transfrontière. Cela dit, si reconnaissance il y en avait, elle s'inscrit plutôt dans le droit international privé. Deuxièmement, la référence à « *the internationally well-established rule of* sic utere tuo »[601] peut être interprétée différemment. En effet, ce principe prévoit l'obligation de ne pas utiliser son territoire de manière à nuire aux autres États, mais il n'existe pas de certitude quant à son contenu exact. Tantôt inclus dans l'obligation de prévention, tantôt dans la responsabilité objective, il soulève les mêmes difficultés que la délimitation d'une frontière

---

[599] *Ibid.*

[600] *Handelskwekerij GJ BierBV& Stichting Reinwater v. Mines de Potasse d'Alsace SA*, Case 4320/74; *Hmdelskwekerij Firma Gebr Srik BV & Handelskwekerij Jac Valstar BV v. Mines de Potasse d'Alsace SA*, Case 3789/77, Arrondissementsrechtbank (District Court) Rotterrdam, (1979) *ECC 206*, Interim Judgment of 8 January 1979, Conclusion, para. (d). (see also paras. 14-16) cité *in* Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.*, p. 282.

[601] Voy. Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.*, p. 282. Voy. la décision finale qu'elle cite : *Hazdelskwekerij G.J. Bier BV & Stichting Reinwater v. Mines de Potasse d'Alsace Sa*, Mulhouse, District Court Of Rotterdam, Final Judgment of 13 December 1983, NJ 1984/341, paras. 9.4-9.6 and 12.

précise entre les deux concepts[602]. Malgré ces difficultés, en l'absence d'un fait illicite clairement établi (en dehors du seul dommage transfrontière), cette décision doit être considérée comme une reconnaissance de la responsabilité objective. Elle constitue également un exemple supplémentaire de l'*opinio juris* étatique en faveur de cette forme de responsabilité.

[602] Pour davantage d'information sur le contenu exact du principe voy. Subramanya (T. R.), Sarker (S. P.), « Emergence of Principle of Sic Utere Tuo Ut Alienum Non-Laedes in Environmental Law and Its Endorsement by International and National Courts: An Assessment », *Kathmandu Sch. L. Rev.,* vol. 5, n°2, novembre 2017, pp. 1-13.

Conclusion de la Section 1

Une reconnaissance timide, mais réelle. Le premier constat est le nombre très limité de décisions qui ont véritablement *affirmé* la responsabilité objective. Il s'agit plutôt d'une *reconnaissance* limitée et spontanée de cette forme de responsabilité. Dans la section suivante, nous verrons que la plupart des affaires qui nous intéressent contribuent à la théorie de la responsabilité objective, sans pour autant l'affirmer clairement. Il s'agit des cas qui sont formellement inclus dans la responsabilité classique, même si cette qualification formelle peut parfois être mise en doute. Dans ces exemples, la responsabilité est basée sur la violation du principe de prévention ou sur l'absence de la diligence requise.

Malgré tout, il faut souligner qu'il existe des reconnaissances/affirmations, certes timides et peu nombreuses, de la responsabilité objective. Dans ces cas, la responsabilité dépend, non pas d'un fait illicite quelconque, mais du simple dommage. Il est aussi clair que la responsabilité objective s'applique notamment dans les projets industriels impliquant un facteur de risque. La proximité avec les ressources naturelles migrantes est un autre élément emblématique des décisions qui nous intéressent.

Cette reconnaissance limitée de la responsabilité objective donne à réfléchir sur sa place au sein du droit international mais n'est pas en soi un obstacle à son admission. En réalité, les incertitudes inhérentes au sujet découragent les juges internationaux d'y faire référence de manière expresse. Ceci montre, avant tout, l'état primaire de la responsabilité objective en droit international. Cependant, il ne faut pas oublier que cette forme de responsabilité a mis longtemps avant d'être quasi universellement acceptée dans les droits internes. *In fine* le silence (et non pas le déni) des juges est motivé par un souci d'acceptabilité plutôt que par une opposition de principe.

Section 2 : La jurisprudence et le contentieux consolidant la responsabilité objective

Au-delà des décisions reconnaissant la responsabilité objective, il existe aussi des exemples qui ont consolidé la théorie de la responsabilité objective. Le point commun de tous ces exemples est de tourner autour du dommage et non pas du caractère illicite de l'activité d'origine. Cette insistance sur le dommage ne fait que les rapprocher de la responsabilité objective. Cependant, elles présentent aussi des aspects qui les rapprochent de l'obligation de prévention ou de la diligence requise et donc de la responsabilité classique. De ce fait, il n'est pas facile de distinguer entre les deux formes de responsabilité dans ces affaires. Malgré ces doutes dans la qualification, nous verrons qu'elles contribuent toutes, d'une manière ou d'une autre, à la consolidation de la responsabilité objective. Ces affaires concernent deux cas de figure qui se ressemblent, mais qui peuvent être séparés : dans le premier, le niveau de la diligence requise est si élevé qu'il peut être assimilé à la responsabilité objective (§1). Dans le deuxième, les décisions ont interprété le fait illicite d'une manière difficilement séparable de la responsabilité objective (§2). En réalité, les deux cas concernent le rapprochement entre la responsabilité objective et classique, mais dans le premier l'accent est mis sur le niveau de diligence. En revanche, dans le second, il existe d'autres circonstances qui rapprochent les deux formes de la responsabilité. Il faut aussi préciser que le deuxième paragraphe inclut à la fois le principe de prévention et la diligence requise[603], des notions d'ailleurs très proches[604]. Nous présenterons

---

[603] Voy. Cassella (S.) (dir.), *Le standard de* due diligence *et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018.

[604] En réalité, il n'est pas facile de trouver la distinction entre les deux concepts. Les Principes de 2001 sur la prévention semblent inclure l'obligation de diligence dans un concept plus large que serait le principe de prévention. Par exemple, on peut lire dans ces principes que :
« Cette exigence, là encore, s'explique par l'idée que le devoir de diligence, *au cœur des dispositions tendant à prévenir un dommage* transfrontière significatif ou à en réduire le risque au minimum, est de caractère permanent et s'applique à chacune des étapes liées à la conduite de l'activité. »
Les Commentaires de 2001 sur la prévention, *op. cit.*, pp. 442-443, § 6 des commentaires à l'article 9. Italiques ajoutés.
À un autre moment des travaux on lit aussi :
« 17) Le principal élément du devoir de diligence *que l'on retrouve dans l'obligation de prévention* pourrait donc être énoncé comme suit : le degré de vigilance attendu d'un bon gouvernement. »
Les Commentaires de 2001 sur la prévention, *op. cit.*, p. 425, § 17 des commentaires à l'article 3).
Cependant, la CDI a aussi parfois confondu les deux notions :
« *L'obligation qu'ont les États de prendre des mesures pour* prévenir ou réduire au minimum un risque de dommage transfrontière significatif est une obligation de diligence due, exigeant d'eux qu'ils adoptent à cet effet certaines mesures unilatérales. »
ACDI, 1996, vol. II, 2e partie, p 120, §§4 et ss. Cité *in* Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 341.
À un autre moment, la CDI a même présenté l'obligation de prévention comme étant fondée sur la diligence due :

une interprétation des deux concepts qui les rapprochent de la responsabilité objective dans les cas examinés.

§1 Un fait illicite inévitable

Une responsabilité quasi-automatique. Dans sa thèse soutenue en 2011, N. Aloupi s'est penchée sur la nature des obligations des États d'immatriculation[605]. Dans cette étude, elle a conclu que l'admission généralisée d'une responsabilité automatique de l'État d'immatriculation, inspirée du modèle spatial, n'était ni possible, ni souhaitable. Cette conception reviendrait à considérer tout engin comme un organe de l'État, « en annihilant ainsi la distinction entre engin public et engin privé »[606]. Elle a donc nié l'existence d'un principe « *formel* » de responsabilité automatique des États d'immatriculation pour tous les véhicules relevant de leur juridiction. En revanche, elle a précisé, notamment pour l'État de pavillon, que les obligations de l'État d'immatriculation pouvaient être si étendues qu'elles pourraient, *dans leur mise en œuvre*, se rapprocher à une responsabilité « quasi-automatique »[607]. C'est cette idée originale qui a inspiré le présent paragraphe. Nous avons souhaité revenir sur cette idée pour voir ce qu'elle pouvait impliquer pour la responsabilité objective en droit international.

La responsabilité automatique ou quasi-automatique peut trouver à s'appliquer, au moins, dans deux cas de figure. Le premier concerne des activités exigeant un niveau de diligence très élevé (A.) et le deuxième les activités qui, pour des raisons de principe, impliquent une responsabilité automatique des Etats.

La variabilité de la diligence requise. La jurisprudence[608] et la doctrine[609] ont déjà montré que la diligence requise est une notion variable. La variabilité n'est d'ailleurs pas forcément équivalente à la subjectivité[610]. Elle ne serait pas non plus équivalente à l'indétermination[611]. Elle veut simplement dire que la diligence requise est un concept flexible qui s'adapte au

« L'obligation de prévention fondée sur le devoir de diligence ne s'exécute pas une fois pour toutes, mais exige des efforts continus. »
Les Commentaires de 2001 sur la prévention, *op. cit.*, p.453, § 12 des commentaires à l'article 2.

[605] Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public*, *op. cit.* Seconde Partie, Titre I, Chapitre 2.

[606] *Ibid.*, p. 342.

[607] *Ibid*.

[608] Voy. par exemple TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1 février 2011, *TIDM Recueil 2011*, pp. 43-44.

[609] Voy. par exemple Besson (S.), « La Due Diligence En Droit International », *RCADI*, vol. 409, Brill-Nijhoff, 2019 ; Kulesza (J.), *Due diligence in international law*, Leiden- Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 263-265 ; Violi (F.), « The Function of the Triad "Territory", "jurisdiction", and "Control" », pp. 75–91, *in* Krieger (H.), Peters (A.), Kreuzer (L.) (ed.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford, 2020.

[610] *Ibid.*, pp. 270-271.

[611] *Ibid.*, p. 271.

contexte de son application. Dans les Articles de 2001 sur la prévention, la CDI avait déjà souligné la variabilité de la diligence due. Selon elle :

> « Le degré de diligence par rapport auquel le comportement de l'État d'origine devrait être apprécié est celui qui est généralement considéré comme approprié et proportionné au degré de risque de dommages transfrontières dans le cas dont il s'agit. Par exemple, les activités qui peuvent être considérées comme comportant un risque exceptionnellement élevé exigent de la part de l'État qu'il mette beaucoup plus de soin à élaborer les principes d'action et beaucoup plus de vigueur à les appliquer. »[612]

Au-delà des risques inhérents à l'activité, le contexte dans lequel l'activité s'exerce influence aussi le niveau de diligence requise :

> « L'envergure des opérations, leur emplacement, les conditions climatiques particulières, les matériaux employés pour l'activité et la rationalité des conclusions tirées de l'application de ces facteurs dans un cas donné sont au nombre des éléments à prendre en considération pour déterminer les exigences du devoir de diligence dans chaque cas. Ce qui peut être considéré comme un degré raisonnable de vigilance ou de diligence peut changer avec le temps ; … »[613]

S. Besson a recensé les critères qui déterminent cette variabilité. Selon elle, il en existe six :

> « la connaissance du (risque de) préjudice (*a*)), la capacité du débiteur de prendre des mesures (*b*)), le degré de contrôle sur la source du préjudice (*c*)), le degré de risque de préjudice (*d*)), la sévérité du préjudice encouru (*e*))), et la vulnérabilité ou qualité spéciale du bénéficiaire (*f*)). »[614]

La diligence n'est donc pas un concept figé et prédéterminé. Il est possible de regrouper ces critères sous trois catégories. Les trois premiers concernent le destinataire de l'obligation, ses connaissances, son contrôle et sa capacité. Les deux suivants sont relatifs à la nature de l'activité, la gravité du risque et des préjudices qui sont à craindre. Enfin, le dernier concerne la vulnérabilité de la victime. Parmi ces critères, les deux ayant rapport à l'activité d'origine nous intéressent particulièrement. En effet, il existe un rapport direct entre le niveau de risque et le niveau de la diligence requise[615]. Il en va de même concernant la sévérité du dommage[616]. Ce qui est important c'est que le niveau de diligence requis peut être si important qu'il serait difficilement séparable de la responsabilité objective. Il faut dire d'emblée que dans ce cas précis, on est toujours, au moins formellement dans le domaine de la responsabilité classique. Or, en réalité, la pertinence de cette catégorisation formelle peut être mise en doute.

---

[612] Commentaires de 2001 sur la prévention, p. 166, §11.
[613] *Ibid.*
[614] Il s'agit selon elle de « la connaissance du (risque de) préjudice (*a*)), la capacité du débiteur de prendre des mesures (*b*)), le degré de contrôle sur la source du préjudice (*c*)), le degré de risque de préjudice (*d*)), la sévérité du préjudice encouru (*e*))), et la vulnérabilité ou qualité spéciale du bénéficiaire (*f*)). »
Besson (S.), « La Due Diligence En Droit International », *op. cit.*, p. 272.
[615] Besson apporte deux exemples : TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, §117 ; Affaire de la *Mer de Chine du Sud*, §117.
[616] Voy. CourEDH, *Opuz c. Turquie*, Requête n° 33401/02, 9 juin 2009, § 130. Cet exemple est aussi rapporté par Besson (S.), « La Due Diligence En Droit International », *op. cit.*, p. 275.

L'exemple des activités dans la Zone. Un exemple parlant concerne le premier avis consultatif rendu par le TIDM le 1er février 2011 (l'Avis de 2001)[617]. L'Avis porte sur les « Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone »[618]. Il porte, entre autres, sur le fondement de la responsabilité étatique dans le cadre du patronage des activités dans la Zone. *A priori* il semble exclure la responsabilité objective dans le cadre du patronage des États. Pourtant, en réalité, l'Avis est bien plus complexe.

L'exclusion de la responsabilité objective. En apparence, cet avis met fin à des discussions sur le fondement de la responsabilité pour les États patronnant des activités privées dans la Zone. Le doute trouve son origine dans la version anglaise de l'article 139 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM) et de l'article 4§ 4 de l'Annexe III. Les deux articles mentionnent à la fois les termes « *responsibility* » et « *liability* » pour évoquer la responsabilité des États. L'article 4§ 4 par exemple prévoit que :

> « 4. *The sponsoring State or States shall, pursuant to article 139, have the* responsibility *to ensure, within their legal systems, that a contractor so sponsored shall carry out activities in the Area in conformity with the terms of its contract and its obligations under this Convention. A sponsoring State shall not, however, be* liable *for damage caused by any failure of a contractor sponsored by it to comply with its obligations if that State Party has adopted laws and regulations and taken administrative measures which are, within the framework of its legal system, reasonably appropriate for securing compliance by persons under its jurisdiction*. »[619]

L'usage de « *responsibility* » et de « *liability* » pouvait en effet induire en erreur. On aurait pu penser que la responsabilité est classique dans la première phrase et objective dans la deuxième. Or, selon la Chambre, rien de tel. Ici, selon la Chambre, la « *responsibility* » fait référence aux obligations primaires et la « *liability* » aux obligations secondaires[620]. Il faut être attentif au fait que l'obligation primaire dont il est question ici n'est pas équivalente à la responsabilité objective. La responsabilité dans la première phrase est en réalité équivalente à « l'obligation ». Les États ont donc l'obligation de veiller au respect de la Convention.

---

[617] L'inclusion des avis dans la notion de la jurisprudence pourrait être contestée. Néanmoins, dans ses travaux sur les moyens auxiliaires de la détermination du droit international, la CDI a utilisé les avis comme étant inclus dans la notion de jurisprudence. D'ailleurs elle évoque fréquemment les avis consultatifs dans ces travaux qui portent sur la jurisprudence au sens de l'article 38§2-d) du Statut. Voy. *Deuxième rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international*, Jalloh (C. C.), Rapporteur spécial, 2024, *op. cit.*, pp. 1-75 notamment p. 71, § 224.

[618] TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, *op. cit.*, p. 10.

[619] Italiques ajoutés.

[620] Voy. l'Avis de 2001, §§64-71 ; Robert-Cuendet (S.), « Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (avis consultatif 1er février 2011) », *AFDI*, vol. 57, 2011, pp. 469-470.

Une occasion ratée. Plus encore, la Chambre avait été sollicitée afin de retenir la responsabilité objective dans le cadre des articles 139 et l'article 4 de l'annexe III. Selon l'Union internationale pour la conservation de la nature et des ressources naturelles (UICN) par exemple, la responsabilité stricte était un « principe général de droit applicable dans le cas de dommages causés par des activités dangereuses dans la Zone »[621]. L'UICN cherchait donc à neutraliser les clauses limitatives de la responsabilité dans ces deux articles. La Chambre s'est pourtant fermement opposée à cette interprétation[622]. Selon elle, l'obligation des États dans leur rôle du patronage des activités privées se réduit à l'obligation de *diligence due*.

La pertinence de la responsabilité objective. Même si formellement, cet avis ne retient que la responsabilité classique, le fondement de la responsabilité est en réalité plus complexe. Le fond du questionnement réside dans l'étendue des obligations de diligence imposée aux États. Ces obligations sont en fait si larges qu'on peut se demander si on n'est pas face à une responsabilité quasi automatique sur la base du dommage en réalité[623].

Le niveau de la diligence. La Cour a tenu à rappeler que l'obligation des États n'est pas une obligation de résultat, mais seulement une obligation de moyen[624]. Par conséquent, tout dommage n'implique pas systématiquement la responsabilité de l'État contractant. En revanche, selon nous, deux raisons plaident pour le rapprochement de cette obligation de diligence à la responsabilité objective. La première est que la Cour a explicitement retenu la variabilité de l'obligation de diligence due[625]. Elle déclare, aussi expressément, que plus le risque est important, plus le niveau de diligence sera « rigoureux »[626]. Cette vision devrait résulter dans un niveau de diligence très élevé. La Cour explique qu'en toute logique, ce niveau est plus important pour des activités d'exploitation que pour la prospection et l'exploration[627]. À notre connaissance, aucun tribunal international n'a eu à se prononcer sur le niveau exact et concret de diligence pour l'une quelconque de ces activités. Il est pourtant possible d'imaginer ce niveau. Premièrement, il s'agit d'un environnement naturel fragile qui n'est soumis à aucune souveraineté étatique. Deuxièmement, l'exploration et l'exploitation des ressources dans la

---

[621] Cité *in* Robert-Cuendet (S.), « Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (avis consultatif 1er février 2011) », *op. cit*., p. 473.
[622] TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, *op. cit.*, § 189.
[623] Voy. à cet égard Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public*, *op. cit.*, pp. 339- 343.
[624] Ibid., p.41, §110.
[625] *Ibid.*, p. 43, § 117.
[626] *Ibid.*
[627] *Ibid.*

Zone exigent des technologies particulièrement avancées que peu d'États maîtrisent[628]. Dans ces circonstances, tout laisse à croire que le niveau de diligence requis dans la Zone serait extrêmement élevé.

L'étendue des obligations dites « directes ». Au-delà du niveau de diligence, la Chambre a aussi déterminé un champ large pour les obligations étatiques. Elle énumère six obligations :

> « 122. Parmi les plus importantes de ces obligations directes qui incombent à l'état qui patronne figurent l'obligation d'aider l'Autorité dans l'exercice de son contrôle sur les activités menées dans la zone, l'obligation d'adopter une approche de précaution, l'obligation d'appliquer les meilleures pratiques écologiques, l'obligation de prendre des mesures de garantie dans l'éventualité de l'adoption, par l'Autorité, d'ordres en cas d'urgence pour la protection du milieu marin, l'obligation de garantir des voies de recours aux fins de l'indemnisation des dommages causés par la pollution et l'obligation de procéder à des évaluations de l'impact sur le milieu marin. »[629]

La Chambre a ensuite précisé le contenu de chacune de ces obligations qu'il n'est pas nécessaire de voir en détail ici. Ce qui nous importe, c'est de constater, rien qu'en voyant la liste de ces obligations, qu'il s'agit des devoirs assez extensifs. Nonobstant la qualification de ces mesures de diligence requise[630], elles constituent de toute façon des obligations supplémentaires imposées aux États. Elles sont, pour le moins, complémentaires aux obligations de diligence due (si elles n'étaient pas elles-mêmes incluses dans la diligence). *In fine* il s'agit d'une large gamme d'obligations au champ d'application parfois assez vaste (pensons à l'approche de précaution[631] et la garantie des voies de recours) qui sont imposées aux États.

Quand on ajoute le niveau élevé de diligence à l'étendue particulièrement vaste des obligations imposées aux États, on voit la mesure des restrictions imposées aux États. *De facto* les États auront donc peu de chance d'échapper à leur responsabilité en cas de dommage. Y a- t -il donc

---

[628] Jusqu'ici aucun État n'a exploité les ressources minérales de la Zone. Cependant plusieurs États et entreprises privées sont en train de développer les technologies nécessaires à cette fin. Il s'agit notamment de l'Inde, de la Chine, des États-Unis et de la Russie. L'Autorité internationale des fonds marins a jusqu'ici délivré 31 permis d'exploration dont 17 portent sur la zone de Clarion-Clipperton qui serait riche en nodules polymétalliques. Voy. par exemple le site ci-dessous (en persan) :
https://www.bbc.com/persian/articles/cn44gm3l2eyo

[629] *Ibid.*, p. 44 § 122.

[630] Au premier abord, on pourrait avoir des doutes sur le fait que ces obligations soient incluses dans les obligations de diligence *stricto sensu.* La Chambre les qualifie d'obligations « directes » incombant aux États. Or, elle accepte elle-même que ces obligations maintiennent un lien avec celles de « veiller à » prévues par la Convention :
« 123. Il convient néanmoins de mentionner dès maintenant que l'exécution de ces obligations peut également être considérée comme un facteur contribuant au respect de l'obligation de "veiller à" avec la diligence requise et que ces obligations sont, dans la plupart des cas, rédigées sous la forme d'obligation de veiller à assurer le respect d'une règle particulière »
Ibid., pp. 44-45 § 123.

[631] Voy. Mbengue (M. M.), *Essai sur une théorie du risque en droit international public, op. cit.*, Deuxième partie, Chapitre I.

une grande distance entre ces obligations de diligence et une véritable responsabilité objective sur le dommage ? Rien n'est moins sûr.

L'approche de précaution. La précaution est un autre élément qui démontre le lien entre la responsabilité objective et la diligence due. L'Avis a fait le lien entre ce principe et la diligence due. Selon la Chambre, la précaution fait partie intégrante des obligations de diligence due[632]. Selon elle :

> « L'obligation de diligence requise exige des États qui patronnent de prendre toutes les mesures appropriées afin de prévenir les dommages qui pourraient résulter des activités des contractants qu'ils patronnent. Cette obligation s'applique aux situations où les preuves scientifiques quant à la portée et aux effets négatifs éventuels des activités concernées sont insuffisantes, mais où il existe des indices plausibles de l'existence des *risques*. Un État qui patronne ne remplirait pas son obligation de diligence requise s'il ne tenait pas compte de ces risques. *En effet, ne pas tenir compte des risques équivaudrait à ne pas respecter l'approche de précaution*. »[633]

Cette position est aussi confirmée par la CDI et par la doctrine[634]. La CIJ avait quant à elle accepté que le principe de précaution pût se révéler pertinent dans l'interprétation et l'application du droit conventionnel[635]. Cette approche renforce le lien entre la responsabilité objective et la diligence due. En réalité, elle est basée sur le risque d'un dommage, même sans qu'il y ait une certitude scientifique quelconque. La prise en compte du risque est donc commune entre la diligence due, telle qu'interprétée par les tribunaux et la responsabilité objective.

L'avis consultatif de 2024. Sur un sujet similaire, mais distinct, le TIDM a de nouveau mis l'accent sur l'obligation de diligence. L'avis consultatif du 21 mai 2024 sur le changement climatique a aussi conclu à l'existence des obligations de diligence assez strictes pour les États. Le Tribunal avait été saisi par la Commission des petits États insulaires sur le changement climatique et le droit international (CPEIC)[636]. Le CPEIC lui avait posé deux questions sur les effets du changement climatique. La première tend à connaître les obligations des États pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin du fait du changement climatique[637].

---

[632] TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, *op. cit.*, p. 46 § 131.
[633] *Ibid.* Italiques ajoutés.
[634] Voy. Boyle (A.), « Transboundary air pollution : a tale of two paradigms », International Conference — Transboundary pollution: evolving issues of international law and policy, 27-28 February 2014, National University of Singapore, pp. 9-10.
[635] CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), *op. cit.*, p. 71, §164.
[636] Il s'agit de notre proposition et non pas l'acronyme officiel.
[637] La question était ainsi formulée :
« a) de prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin eu égard aux effets nuisibles qu'a ou peut avoir le changement climatique, notamment sous l'action du réchauffement des océans et de l'élévation du niveau de la

La deuxième se penche sur les obligations des États pour protéger et préserver le milieu marin du fait de ces changements[638]. Il est d'abord intéressant de remarquer que le Tribunal a retenu sa compétence pour répondre aux questions posées, malgré le fait que les changements climatiques ne sont pas mentionnés dans la CNUDM. Le Tribunal a reconnu que les émissions anthropiques de gaz à effet de serre (GES) pouvaient constituer une « pollution du milieu marin » au sens de l'article Premier§1-4) de la CNUDM[639]. Il a aussi reconnu des obligations de diligence due pour les États à la fois pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin (question 1) et pour protéger et préserver le milieu marin (question 2).

Le niveau élevé de diligence. Le TIDM donne une multitude d'informations intéressantes sur le contenu de ces obligations qui ne nous intéressent pas directement. Ces questions relèvent davantage du droit de la mer et du contentieux climatique qui ne nous concernent que dans leur rapport avec la responsabilité objective. En ce qui nous concerne, il est intéressant de noter que le Tribunal a reconnu la variabilité des obligations de diligence due. Au regard des faits d'espèce, il a conclu à l'existence d'un niveau élevé de diligence. Même si le contenu de cette obligation et la signification de ce seuil élevé ne sont pas aussi clairs que dans l'Avis de 2011, il faut dire que les quelques critères donnés par le TIDM rapprochent l'obligation mentionnée de la responsabilité objective.

Dans son interprétation de l'article 194§ 1 de la CNUDM, la Cour a conclu à un niveau élevé de diligence compte tenu « des risques aigus de préjudice grave et irréversible au milieu marin que font peser ces émissions »[640]. En ce qui concerne l'article 194§ 2, le Tribunal a même conclu en l'existence d'un niveau potentiellement plus élevé « en raison de la nature de la pollution transfrontière »[641]. De la même façon, le Tribunal semble exiger des moyens supplémentaires dans le cadre de l'article 194§ 5. Ce paragraphe concerne les mesures nécessaires pour protéger « les écosystèmes rares ou délicats » ainsi que celles nécessaires pour protéger « l'habitat des espèces et autres organismes marins en régression, menacés ou en voie d'extinction. ». Selon le Tribunal, cet article lu conjointement avec l'article 192, impose des

---

mer, et de l'acidification des océans, qui sont causés par les émissions anthropiques de gaz à effet de serre dans l'atmosphère ? »
TIDM, *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission des petits états insulaires sur le changement climatique et le droit international*, affaire n° 31, 21 mai 2024, p. 6.

[638] La question était ainsi formulée :
« b) de protéger et préserver le milieu marin eu égard aux incidences du changement climatique, notamment le réchauffement des océans et l'élévation du niveau de la mer, et l'acidification des océans. »
Ibid.

[639] *Ibid*, §§ 161, 178-179.

[640] *Ibid.*, p. 143, § 398 ; p. 161.

[641] *Ibid.*, p.161.

« obligations particulières » aux États afin de protéger les écosystèmes dont il est question[642]. En prenant l'exemple des zones recouvertes par les glaces (l'article 234 de la CNUDM), il énonce que des mesures spéciales peuvent être nécessaires afin de protéger le milieu marin[643]. Dans cet avis comme celui de 2011, le Tribunal a aussi interprété la CNUDM à la lumière du principe de précaution en évoquant que l'absence de certitude scientifique ne devait pas empêcher les États de prendre les mesures requises[644]. Le Tribunal avait par exemple accepté que les États disposent d'un pouvoir d'appréciation dans la mise en place de l'étude d'impact environnemental[645]. Il a pourtant précisé que ce pouvoir pouvait être limité du fait du principe de précaution[646].

On voit bien qu'une multitude de facteurs peuvent entrer en jeu afin de déterminer le niveau de diligence qui dépend aussi du niveau de développement du pays concerné et des meilleures pratiques scientifiques disponibles[647]. De ce fait, l'existence de l'un ou plusieurs de ces éléments « aggravants » peut augmenter le niveau de diligence à un point où il serait difficilement séparable de la responsabilité objective.

L'exemple des pollutions par les hydrocarbures. Une autre série d'exemples concerne le domaine de la pollution maritime par les hydrocarbures. Horbach a recensé trois affaires dans lesquelles les tribunaux ont adopté une approche similaire à la responsabilité des États dans la Zone. Toutes les trois concernent la responsabilité d'une entité privée, mais l'argument évoqué est valable nonobstant la nature publique ou privée de l'auteur du dommage. Elles concernent les pollutions liées au pétrolier Torrey Canyon et aux plateformes pétrolières Santa Barbara et Ixtoc I. Concernant Torrey Canyon, le comité d'enquête libérien a souligné qu'au regard de la nature dangereuse de la cargaison, le niveau de diligence imposé était rehaussé[648]. De la même façon, dans la marée noire de Santa Barbara, le tribunal américain a qualifié l'activité en question (l'exploitation à partir d'une plateforme pétrolière) comme ultra-hasardeuse. Par conséquent, le niveau de diligence requis était si élevé qu'il en devenait presque une responsabilité automatique[649]. Les tribunaux américains ont adopté la même approche dans l'explosion de la plateforme Ixtoc I qui a causé des dommages transfrontières au Mexique[650].

---

[642] *Ibid.*, p.147, §406
[643] *Ibid.,* p.145, §403,
[644] *Ibid.,* p. 83, § 213 ; p. 294, § 242.
[645] *Ibid.,* p. 132, § 361.
[646] *Ibid.*
[647] *Ibid.,* pp. 193-194, § 241.
[648] Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.*, p. 304.
[649] *Ibid.*
[650] *Ibid.*

Il s'agissait encore une fois d'un niveau de diligence si élevé qu'il était difficilement séparable de la responsabilité objective.

Ces exemples démontrent la difficulté de séparer les responsabilités objective et classique, au moins pour les activités ultra-dangereuses. L'argument principal est le lien entre la dangerosité et le niveau de la diligence requise. Plus l'activité en question est dangereuse, plus il sera difficile d'échapper à la responsabilité pour l'exploitant ou les États parrains. Par conséquent, la diligence due n'est qu'une façade pour éviter de qualifier cette responsabilité d'objective. Or, en réalité, cette justification formelle ne change pas la réalité des rapports juridiques. Les tribunaux préfèrent justifier leur décision par la diligence due, car, selon eux, cela renforce l'acceptabilité de leur décision. Pourtant, sur le plan technique, la diligence due revient parfois à une responsabilité objective qui ne porte pas son nom, au moins pour les activités ultra-dangereuses.

RDC c. Ouganda. Les exemples évoqués dans ce paragraphe ne concernent qu'une partie des cas sur les liens entre la diligence requise et la responsabilité objective. Il est possible d'imaginer d'autres situations où la diligence requise ne constitue qu'une façade justifiant des réparations qui, en réalité, relèvent davantage de la responsabilité objective. En l'espèce, notre recherche ne prétend pas à l'exhaustivité, car elle n'a pas pour vocation de réaliser une étude complète sur la diligence requise. L'essentiel est de souligner que, dans certaines circonstances, la responsabilité de l'État est engagée de manière quasi automatique dès lors qu'un dommage est causé. Cela est illustré, par exemple, dans l'arrêt de la CIJ rendu dans l'affaire *RDC c. Ouganda* de 2022. La Cour y a établi une présomption de responsabilité pour les dommages survenus dans la région d'Ituri pendant la période d'occupation par les forces ougandaises. Selon la RDC, la responsabilité de l'Ouganda devait également être reconnue pour tous les dommages causés par des tiers dans cette région. Elle a ajouté que « de par ce statut de puissance occupante, le défendeur avait l'obligation de *faire respecter* le droit international en protégeant la population, *y compris des actes des groupes rebelles en Ituri* »[651].

Selon le demandeur, l'Ouganda ne pouvait pas « exiger de la part de la RDC des preuves précises et détaillées des préjudices subis en Ituri alors que, en tant que puissance occupante dans ce district, l'*Ouganda lui-même était à l'origine de la situation qui a conduit à la disparition des preuves en question.* »[652]

[651] CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), réparations, arrêt, *C.I.J. Recueil 2022*, §75, Italiques ajoutés.
[652] *Ibid*., §76, Italiques ajoutés.

Le défendeur, quant à lui, estime que son statut de puissance occupante n'exonère pas le demandeur de l'obligation de démontrer le lien causal entre les manquements de l'Ouganda et les dommages survenus dans le district d'Ituri. Il s'appuie notamment sur l'affaire du génocide de 2007, dans laquelle la Cour aurait exigé que le demandeur démontre « avec un degré suffisant de certitude » que, s'il s'était correctement acquitté de ses obligations de diligence requise, les dommages causés par des tiers, dont le comportement ne lui est pas imputable, n'auraient pas eu lieu[653].

La réponse de la Cour est intéressante, car elle établit une présomption de responsabilité du défendeur pour les dommages subis dans les territoires occupés[654]. Cela dit, elle n'exige pas de preuves précises de la part de défendeur[655]. En principe, l'Ouganda est donc tenu responsable du simple fait de la création d'un dommage. Formellement, la responsabilité reste fondée sur le fait illicite. L'Ouganda peut toujours apporter des preuves démontrant l'absence de lien causal entre le préjudice subi et un éventuel manquement aux obligations de diligence requise. Toutefois, en pratique, cette tâche s'avère extrêmement difficile, car apporter une preuve négative de ce type est particulièrement complexe[656]. Cela dit, dans les faits, la responsabilité d'Ouganda s'apparente davantage à une responsabilité objective qu'à une responsabilité classique.

§2 Un fait illicite dépendant du dommage

Les exemples que nous allons examiner ont en commun, comme pour le premier paragraphe, d'être dépendants du dommage. Pour certains membres de la doctrine, ces exemples sont en réalité une affirmation de la responsabilité objective[657]. Ce n'est pas la position qui est ici défendue. Formellement, ces exemples relèvent de la responsabilité classique. En revanche, sur le fond, ils sont difficilement séparables de la responsabilité objective. Il est même possible de

---

[653] *Ibid.*, §77.
[654] *Ibid.*, §78.
[655] Voy. Demaria (T.), « Trois observations sur la causalité à la lumière de l'arrêt sur les réparations dans l'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda) », l'Observateur des Nations Unies, vol. 53, n°2, 2022, pp. 314-319.
[656] Voy. dans le même sens la critique du juge Yusuf dans son opinion individuelle : CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), *op. cit.*, opinion individuelle du juge Yusuf, §§14-21.
Plusieurs autres membres de la doctrine y voient aussi une responsabilité objective. Voy. Demaria (T.), « Trois observations sur la causalité à la lumière de l'arrêt sur les réparations dans l'affaire des Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda) », *op. cit.*, p. 318 et les références qu'il a cité.
[657] Voy. *supra* introduction de la thèse, §3, les positions favorables à la responsabilité objective.

mettre en doute la pertinence d'une telle distinction (la responsabilité objective ou classique) dans ces exemples. Leur intérêt vient justement de ce questionnement sur la place de la responsabilité objective, notamment en rapport avec la responsabilité classique. La plupart des exemples examinés dans ce paragraphe sont des décisions judiciaires et arbitrales. Il existe pourtant quelques-uns où, soit aucune décision n'a pas été rendue, soit le débat qui nous intéresse porte sur les mesures conservatoires plutôt que sur la décision finale. Dans la continuité de ce qui a été dit dans l'introduction de ce Chapitre, ces exemples relevant du contentieux sont aussi examinés dans ce même paragraphe.

Ils peuvent être regroupés sous deux catégories portant, soit sur la mise en doute de l'illicéité (A.), soit sur le rapprochement de la responsabilité objective avec l'obligation de prévention (B.). Cela dit, ces deux catégories ne sont pas toujours exclusives l'une de l'autre. Certains exemples de la première peuvent également impliquer un rapprochement avec l'obligation de prévention, et ceux de la deuxième peuvent aussi soulever des doutes quant à l'illicéité. Par conséquent, le choix des exemples inclus dans chaque catégorie dépend de leur pertinence et de leur lien avec l'idée principale de chaque sous-titre. En outre, alors que les exemples de la deuxième catégorie sont uniquement internationaux, la première inclut aussi des décisions climatiques provenant des juridictions nationales. Nous avons déjà évoqué que ces décisions sont aussi incluses dans l'article 38§1-d du Statut de la CIJ[658].

A. Les cas de la mise en doute de l'illicéité

Nous avons déjà vu les exemples de la pratique étatique concernant l'exclusion et la mise en doute de l'illicéité[659]. Dans ce sous-titre nous allons examiner des décisions qui portent sur le même sujet. Comme pour le premier, ce sous-titre ne peut pas prétendre à l'exclusivité. Théoriquement, cette situation peut survenir dans toutes les affaires portant sur la responsabilité et toutes les branches du droit international. Il n'est tout simplement pas possible de prétendre à l'exclusivité dans un sujet couvrant un champ d'application si large. De ce fait, il faut privilégier les exemples les plus pertinents qui permettent de connaître la place de la responsabilité objective dans ce cas de figure. Les affaires des *Essais nucléaires* (2.), de *l'Incident aérien de 1988* (2.), *Urgenda* (3.) et *KlimaSeniorinnen* (4.) sont parmi les exemples les plus parlants. Elles sont présentées dans l'ordre chronologique, du plus ancien au plus récent.

---

[658] Voy. *supra* l'introduction du Chapitre.
[659] Voy. *supra* Chapitre 2, l'exclusion et la mise en doute de l'illicéité.

1. *L'affaire des* Essais nucléaires

Une demande focalisée sur le dommage. L'affaire porte sur la légalité des essais atmosphériques français dans le Pacifique. Certes les requérants mettent en doute la légalité de ces essais. Néanmoins, dans leurs demandes, ils mettent l'accent sur les effets dommageables des essais sur leur territoire. Autrement dit, leur objectif n'est pas d'obtenir un jugement sur l'illicéité des essais atmosphériques, mais plutôt de faire cesser le dommage pour lequel ils s'estiment lésés. Le gouvernement français, quant à lui, est d'avis que ces retombées étaient si minimes qu'elles ne pouvaient pas constituer un danger réel pour la population néo-zélandaise.

La demande de la Nouvelle-Zélande. Dans sa demande en indication des mesures conservatoires, la Nouvelle-Zélande s'est basée sur l'effet dommageable des essais nucléaires. L'objectif de la Nouvelle-Zélande n'était pas de faire constater l'illicéité des essais. Elle s'est intéressée plutôt aux effets dommageables des essais sur son territoire et donc du dommage causé par cette activité. Bien entendu, ce dommage est lié à la question de la licéité ; cependant la requête ne tourne pas autour de l'activité d'origine, mais plutôt autour de ses conséquences concrètes dans le cas d'espèce[660].

Selon Dupuy, la position de la Nouvelle-Zélande dans cette affaire était en réalité l'affirmation d'une responsabilité pour risque. Il souligne une note de cet État adressé au gouvernement français selon laquelle, elle se réservait « le droit de rendre le gouvernement français responsable de tous dommages ou de toutes pertes que viendrait à subir la Nouvelle-Zélande ou les îles du Pacifique dont elle a spécialement la responsabilité ou la charge, à la suite de ces essais ».[661] Selon lui, cette position est une affirmation de la responsabilité objective.

La demande de l'Australie. Dans cette demande, la contingence de la norme primaire[662] est davantage mise en avant. L'Australie recense le soutien étatique et les arguments pour interdire les essais nucléaires. En revanche, comme pour la Nouvelle-Zélande, sa requête s'intéresse davantage aux effets qu'elle pourrait subir plutôt qu'à une interdiction totale des essais atmosphériques[663]. L'Australie a aussi mis l'accent sur l'incertitude qui entoure les essais nucléaires :

> « *It is sufficient to point to the factors of uncertainty which affect every aspect of the discussion of the consequences of atmospheric testing. It is impossible to predict with certainty the nature*

---

[660] CIJ, *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), demande en indication de mesures conservatoires soumise par le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, 14 mai 1973.

[661] La note était adressée au gouvernement français le 10 juin 1986. Dupuy (P-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique, op. cit.*, pp. 13-14.

[662] Voy. *supra* Chapitre 2.

[663] CIJ, *Essais nucléaires* (Australie c. France), demande en indication de mesures conservatoires soumise par le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, 9 mai 1973.

or extent of the fall-out from any particular test. The yield of the device may be considerably in excess of that expected. It may not explode at the predetermined height if dropped from an aircraft or delivered by rocket. The direction of the wind and the local and more remote meteorological patterns may change unexpectedly. Unforeseen rain may occur. Factors such as these may produce a radical departure from the predicted fall-out pattern. Such an event occurred during the tests conducted by the French Government during 1966 when, after the test of 12 September, radioactive debris was unexpectedly transported in the reverse direction, i.e., from east to west instead of the forecast west to east direction. »[664]

Cette incertitude influence donc l'activité d'origine et le jugement sur sa licéité.

Le débat sur le fondement de la responsabilité. En l'espèce, la Cour n'a pas rendu de décision sur le fond de l'affaire**.** Elle s'est basée sur les déclarations françaises énonçant la fin de ces essais une fois terminée la campagne de 1974. Par deux arrêts du 20 décembre 1974, elle a donc mis fin à la procédure en énonçant que les demandes étaient désormais sans objet[665]. Pourtant, avant cette décision, elle avait émis deux ordonnances demandant à la France de s'abstenir d'effectuer des essais provoquant des retombées radioactives sur les territoires australiens et néo-zélandais en attendant leur arrêt définitif[666]. En l'espèce, le débat doctrinal porte à la fois sur ces ordonnances et les demandes australiennes et néo-zélandaises. [667].

Cette prise de position de la Cour a donné suite à un débat important sur le fondement de la responsabilité. Les partisans de la responsabilité objective y ont vu un appui important[668]. Ils sont d'avis que le simple fait que la Cour a accepté d'émettre une ordonnance en faveur des demandeurs est un argument en faveur de la responsabilité objective. Cette demande serait la continuité de la *Fonderie de Trail* et un rappel des restrictions à l'exercice de la souveraineté.

Au contraire, les opposants soulignent qu'il s'agissait d'une occasion parfaite pour les demandeurs et la Cour de retenir la responsabilité objective[669]. Ils rappellent que les demandeurs ont décidé de ne pas calquer leurs plaidoiries sur une responsabilité pour risque et

---

[664] *Ibid.*, p. 50, § 44.

[665] CIJ, *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt du 20 décembre 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 457

[666] CIJ, *Essais nucléaires* (Australie c. France), requête à fin d'intervention, ordonnance du 12 juillet 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 320 ; CIJ, *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 135.

[667] Bien entendu, ni les ordonnances, ni les demandes ne peuvent être qualifiées de jurisprudence en tant que telles. Elles sont pourtant une partie du contentieux et à ce titre peuvent être examinées dans ce Chapitre. Ceci est d'autant plus vrai qu'elles sont aussi attachées à l'arrêt de 1974.

[668] De Mestral (A. L. C.), « Prevention of Pollution of the Marine Environment Arising from Offshore Mining and Drilling », *Harv Int'l L J*, vol. 30, n°3, 1979, p. 487.

[669] Nègre (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement*, *op. cit.*, pp. 216-217 ; Dupuy, *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique, op. cit.*, pp. 13-14. Barboza, quant à lui, est d'avis qu'il s'agissait d'une « *noxious activity* » et que par conséquent, nous étions face à une responsabilité pour fait illicite. La Cour n'a bien entendu pas qualifié les essais nucléaires d'illégaux, au moins pas expressément. Voy. Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, pp. 51-52.

que la Cour n'a pas relevé ce fondement non plus[670]. À cet égard, Dupuy rappelle qu'en prélude de l'instance, la Nouvelle-Zélande avait défendu une conception de la responsabilité basée sur le risque[671]. En revanche, la plaidoirie finalement retenue par les demandeurs s'est clairement penchée vers une responsabilité classique, défendant l'interdiction des essais nucléaires. Ce qui est implicite dans ces énoncés c'est que l'un et l'autre savaient que la responsabilité objective aurait été un fondement fragile pour leur argumentation juridique[672].

In fine cette affaire démontre le lien intrinsèque entre le risque de causer un dommage et l'illicéité de l'activité d'origine. Les demandeurs tendent à arrêter une activité qui *risque de causer* des dommages transfrontières. Même si les demandes sont présentées sur le fondement de la responsabilité classique, il est difficile de ne pas y voir les traces de la responsabilité objective.

2. *L'affaire de* l'Incident aérien

Les faits et la procédure. L'affaire porte sur la destruction en vol d'un avion civil iranien par la marine américaine (le croiseur américain USS *Vincennes*). Le 3 juillet 1988, l'Airbus A300 a décollé de Bandar Abbas à destination de Dubaï. L'armée américaine prétend qu'un avion de chasse F-14 iranien a décollé en même temps de Bandar Abbas et que le croiseur a confondu les signaux émis par cet avion et l'avion civil. Les Américains ont prétendu avoir essayé de contacter l'avion à plusieurs reprises, sans réponse. Dans un acte, selon eux, défensif, le commandement américain a donc ordonné d'abattre l'avion. Tous les 290 passagers et membres d'équipages sont décédés.

Le président Reagan a exprimé ses « regrets » pour cette « terrible tragédie humaine ». Il a pourtant qualifié le tir américain d'« action défensive appropriée »[673]. Le gouvernement iranien

---

[670] Ceci, il est vrai, est d'autant plus remarquable que la position des demandeurs en amont de la procédure semblait très proche de celle d'une responsabilité objective.

[671] Dupuy, *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique, op. cit.*, pp. 13-14.

Dupuy rapporte une note de la Nouvelle-Zélande à la France en date du 10 juin 1966. Dans cette lettre, le futur demandeur se réservait « le droit de rendre le gouvernement français responsable de tous dommages ou de toutes pertes que viendrait à subir la Nouvelle-Zélande ou les îles du Pacifique dont elle a spécialement la responsabilité ou la charge, à la suite de ces essais ».

Selon Dupuy, il s'agit bien de l'affirmation d'un principe général de responsabilité pour risque en droit international public.

[672] Il faut aussi souligner que cette affaire, comme toutes les autres portant sur l'emploi et l'essai des armes nucléaires, relève d'une importance politique particulière. La stratégie juridique des parties et même de la Cour dépend donc de ce contexte politique. Voy. à cet égard Nègre, (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement*, *op. cit.*, p. 217.

[673] Voy. l'article de Washington Post sur le sujet :
https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1988/07/06/reagan-apologized-to-iran-for-downing-of-jetliner/9523c6dc-a244-4b3b-90e9-054168d98c79/

quant à lui a toujours rejeté en bloc les prétentions américaines. Il a présenté ce tir comme une action volontaire pour nuire aux intérêts iraniens dans le contexte de la guerre Iran-Iraq. Le 17 mai 1989, il a introduit une requête devant la CIJ[674]. Le 22 février 1996, il s'est désisté de l'instance, car les deux pays sont arrivés à un « arrangement amiable complet et définitif »[675]. Au titre de cet arrangement, les États-Unis ont accepté de verser 61,8 millions de dollars à l'Iran à titre *ex gratia*. Comme souligné dans l'introduction de ce Chapitre, cet exemple ne relève pas de la jurisprudence *stricto sensu*. Il est pourtant lié à un contentieux interétatique et c'est à ce titre qu'il est examiné dans ce chapitre.

Le fait illicite. L'intérêt premier de l'affaire réside dans les faits. Il s'agit d'une opération militaire qui a fait exploser un avion en mer. Bien entendu, pour pouvoir statuer sur l'existence du fait illicite, on aurait besoin d'avoir accès aux informations militaires relatives à l'opération. On aurait aussi besoin de pouvoir examiner les débris de l'avion, dispersés en mer. Au regard de ces deux éléments factuels, il est *de facto* très difficile de statuer sur la licéité du lancement de missile avec certitude. D'autre part, l'erreur n'étant pas une CELI reconnue par la CDI, il n'est pas certain que les craintes exprimées par la marine américaine soient une excuse suffisante pour exclure l'illicéité. De nouveau, face à l'incertitude du fait illicite, le dommage est le seul point d'appui possible. En l'espèce, les États-Unis ont donc accepté d'indemniser l'Iran, non pas pour leur fait illicite, mais pour le dommage causé.

3. *L'affaire* Urgenda

Le contentieux climatique. Les changements climatiques ont ouvert un nouveau champ propice pour le développement de la responsabilité objective. Il existe plusieurs affaires internes et régionales qui peuvent démontrer cet intérêt. Il y a aussi des demandes en cours devant la

[674] Voy. CIJ, *Incident aérien du 3 juillet 1988* (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), ordonnance du 22 février 1996, *CIJ Recueil 1996*, p. 9.
[675] Voy. l'introduction de l'instance sur le site de la CIJ : https://www.icj-cij.org/fr/affaire/79

CIJ[676] et devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH)[677] sur les obligations des États face aux changements climatiques. Nous tenons à préciser qu'ici, l'objectif n'est pas de dresser une liste complète du contentieux climatique. Ce qui nous intéresse est d'utiliser quelques exemples pertinents afin de démontrer l'intérêt de ces affaires pour la compréhension de la responsabilité objective. Dans cette perspective nous nous concentrons sur les affaires *Urgenda* et *KlimmaSeniorinnen* qui nous semblent être les plus pertinentes.

L'affaire *Urgenda* a été réglée en dernier ressort par la Cour suprême néerlandaise. C'est la première fois qu'une juridiction suprême condamne un État pour sa défaillance en matière climatique. L'arrêt a opposé la fondation Urgenda au gouvernement néerlandais. Elle confirme la solution du Tribunal d'arrondissement de la Haye qui avait condamné en 2015 le gouvernement néerlandais pour manquement à ses obligations en matière de changement climatique. Le Tribunal avait ordonné au gouvernement de réduire ses émissions de GES d'au moins 25 % avant la fin 2020. La Cour d'appel avait confirmé cet arrêt en s'appuyant aussi sur les articles 2 et 8 de la CEDH[678].

---

[676] Voy. le site de la CIJ pour les évolutions récentes dans l'Avis sur les *obligations des États en matière de changement climatique* :
https://www.icj-cij.org/fr/affaire/187
Il existe de nombreuses analyses relatives à cette demande. Voy. par exemple Kosolapova (E.), « ICJ to Rule on States' Climate-related Obligations: How Did We Get Here? », publié en ligne et disponible ici :
https://sdg.iisd.org/commentary/policy-briefs/icj-to-rule-on-states-climate-related-obligations-how-did-we-get-here/
Voy. aussi Banuelos (A. C.), Tigre (M. A.), « The ICJ's Advisory Opinion on Climate Change: What Happens Now? », publié sur le site de l'Université de Columbia :
https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2023/03/29/the-icjs-advisory-opinion-on-climate-change-what-happens-now/
Voy. aussi Recio (E.), « Ongoing Climate Proceedings: Setting the Stage for ICJ's Opinion », publié en ligne sur IISD :
https://sdg.iisd.org/commentary/policy-briefs/ongoing-climate-proceedings-setting-the-stage-for-icjs-opinion/

[677] Voy. le site de la CIADH pour les détails relatifs à la demande dans l'avis relatif au *Scope of state obligations for responding to the climate emergency* :
https://www.corteidh.or.cr/observaciones_oc_new.cfm?nId_oc=2634
Il existe de nombreuses analyses relatives à cette demande. Voy. par exemple Riemer (L.), Scheid (L.), « Leading the Way-The IACtHR's Advisory Opinion on Human Rights and Climate Change », publié en ligne sur Verrasungblog :
https://verfassungsblog.de/leading-the-way/
Voy. aussi Carlos Lima (L.), « Balancing the Arguments Before the Inter-American Court on the Climate Emergency and Human Rights Advisory Proceedings » publié en ligne sur l'OpinioJuris :
http://opiniojuris.org/2024/05/31/balancing-the-arguments-before-the-inter-american-court-on-the-climate-emergency-and-human-rights-advisory-proceedings/

[678] Il existe un grand nombre de notes et de critiques relatives à cette jurisprudence. Voy. notamment Kerbrat (Y.), commentaire sur l'affaire *Urgenda*, jurisprudence étrangère intéressant le droit international, *RGDIP*, Tome 124, n°3/4, pp. 762-765. Voy. aussi Kerbrat (Y.), « Responsabilité de l'Etat du fait d'une abstention », commentaire du jugement du Tribunal d'arrondissement de La Haye dans l'affaire *Fondation Urgenda c. Etat des Pays-Bas* », *RGDIP*, 2015, p. 855-857 ; Kerbrat (Y.), Commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel de La Haye du 9 octobre 2018 dans l'affaire *Fondation Urgenda c. Etat des Pays-Bas*, *RGDIP*, 2018, p. 1086-1089.

En l'espèce, les tribunaux néerlandais se sont en réalité basés sur l'obligation de diligence due. Ils ont souligné plusieurs rapports scientifiques afin de démontrer que seule une réduction d'au minimum 25 % était compatible avec les obligations des États[679]. C'est là justement tout l'intérêt de l'affaire. Les tribunaux ont en réalité accepté cette argumentation pour retenir une obligation de prévention au regard des risques posés, notamment sur la santé humaine (l'article 2 de la CEDH)[680]. Or, en réalité, il n'y a aucune source obligatoire (d'obligation primaire donc) qui exige la réduction à 25 %. Les documents juridiques auxquels se réfèrent les demandeurs sont soit du *soft law* soit ils n'imposent pas un niveau de réduction précis. C'est là aussi, sans surprise, le cœur de l'argumentation du gouvernement néerlandais[681]. Face à cette défense, la position de la Cour revient à accepter les rapports scientifiques afin d'établir une obligation de prévention. Cette position a été vivement saluée par la société civile qui y a vu une victoire pour la science. La transposition d'une telle solution en droit international est pourtant loin d'être acquise.

Des effets incertains. Si l'on compare cette solution avec l'exemple des essais nucléaires, il existe aussi des rapports scientifiques pour démontrer les effets néfastes des essais nucléaires sur la santé humaine et sur l'environnement[682]. Nous avons pourtant vu qu'aucune juridiction internationale n'a été en mesure de confirmer l'illicéité de ces essais. Le même argument peut être avancé pour d'autres activités que nous avons eu à examiner jusqu'ici notamment en matière du traitement et du transfert transfrontalier des déchets dangereux. Les juridictions internationales n'ont pas pu interdire la production de ces déchets ou leur transfert vers les pays en développement même s'ils génèrent un effet certain sur la santé humaine.

Le rapport avec la responsabilité objective. Encore une fois, les frontières entre les deux formes de la responsabilité sont floues. Quel est le fait illicite pour lequel le gouvernement hollandais a été condamné ? Il l'est pour avoir failli à ses obligations afin de (faire) réduire l'émission des gaz à effet de serre (GES). L'argumentation de la Cour pour présenter ce défaut comme manquement à la diligence due est compréhensible. Or, encore une fois, on voit bien que la violation d'une norme primaire précise n'est pas clairement établie. Au fond, cette responsabilité ne dépend pas de l'activité d'origine, mais du dommage qu'elle est susceptible

---

[679] La Cour suprême des Pays-Bas, *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*, n° 19/00135, 20 décembre 2019§ 6.1-7.3.6 ; 4.1-4.8.
[680] *Ibid.*, §§ 5.2.1-5.5.3.
[681] Sur les règles juridiques applicable dans la lutte contre les changements climatiques voy. aussi Cassella (S.), *Global Risks and International Law-The Case of Climate Change and Pandemics*, *op. cit.*, pp. 34-39.
[682] Voy. par exemple le mémoire Australie dans l'affaire des *Essais nucléaires* : CIJ, *Essais nucléaires* (Australie c. France), demande en indication de mesures conservatoires soumise par le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, 9 mai 1973.

de causer. L'arrêt ne se penche d'ailleurs pas sur un dommage effectivement subi, mais sur le risque d'un dommage futur[683]. On est donc très proche d'une responsabilité pour risque. Justement, en sachant que le dommage n'est pas encore subi, cette affaire ne peut pas être rangée du côté de la responsabilité objective. En revanche, comme tout le contentieux climatique, elle contribue à l'admission progressive d'une responsabilité pour risque, basée sur le dommage pouvant être causé par les activités qui ne sont pas illicites[684].

4. L'affaire KlimaSeniorinnen

Les pionniers devant la CEDH. Les mêmes arguments peuvent être avancés pour d'autres affaires liées aux changements climatiques. Dans ces affaires aussi la violation d'une norme primaire clairement établie pourrait être mise en doute. Il en est ainsi dans l'affaire récente des *KlimaSeniorinnen*. Ces derniers mois, la Cour a été saisie à trois reprises pour statuer sur les obligations des États afin de mitiger les effets des changements climatiques. C'était la première fois qu'elle a été amenée à se prononcer sur les effets environnementaux du changement climatique sur les droits garantis par la CEDH[685]. Elle a déclaré l'irrecevabilité de deux affaires et a rendu une décision favorable aux demandeurs dans *KlimaSeniorinnen*[686].

La demande. La requête était introduite principalement par une association de femmes de plus de 70 ans qui cherche à protéger ses adhérents des effets du changement climatique. La demande a invoqué la violation des articles 2 et 8 de la CEDH du fait des conséquences du changement climatique. Elle soutenait que la Suisse n'avait pas pris les mesures nécessaires afin de réduire les émissions de gaz à effet de serre, ce qui aurait des effets dommageables sur les droits de ses adhérents.

---

683 Voy. par exemple La Cour suprême des Pays-Bas, *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*, *op. cit.*, §§. 4.1-4.8 ; 7.4.1- 7.5.3.

684 Voy. aussi *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc.*, the Hague District Court, 26 mai 2021. Dans cette dernière affaire, les requérants se sont basés sur la décision historique *Urgenda*. Ils demandaient à Shell de réduire ces émissions de gaz à effet de serre de 45 % jusqu'en 2030, conformément à l'Accord de Paris de 2015. Les requérants se sont en réalité basés avant tout sur une « *duty to care* ». Cependant, il est intéressant à noter que dans sa défense, Shell met effectivement l'accent sur l'absence d'une norme primaire clairement établie.
Voy. aussi CEDH, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c/Suisse*, Requête no 53600/20, 9 avr. 2024.

685 Voy. pour le contexte des affaires et une analyse substantielle De ravel d'Escalpon (M.), « Une association de femmes amène la CEDH à se prononcer sur l'urgence climatique », le 24 avril 2024, publié en ligne sur Dalloz : https://www.dalloz-actualite.fr/flash/une-association-de-femmes-amene-cedh-se-prononcer-sur-l-urgence-climatique

686 Pour une analyse des trois affaires voy. Antonia (M.), Bönnemann (M.), « The Transformation of European Climate Change Litigation: Introduction to the Blog Symposium », disponible sur le site de l'Université de Columbia :
https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2024/04/09/the-transformation-of-european-climate-change-litigation-introduction-to-the-blog-symposium/

La défense. La défense du gouvernement suisse est très intéressante pour examiner le bien-fondé de la démarche entreprise par la Cour. Il a présenté cette demande comme un contournement des règles applicables du droit international. Cela étant, les requérants auraient utilisé ce recours afin de combler de prétendues lacunes du droit international[687]. Il a souligné que les États n'ont pas souhaité créer un mécanisme contraignant de contrôle de leurs engagements. À défaut, les requérants se seraient tournés vers la CEDH pour faire appliquer ces engagements. Il existe là un détail intéressant. La Suisse n'a pas mis en cause le principe même d'un engagement à réduire les GES à un niveau déterminé[688] et prétend qu'elle a mis en place toutes les mesures appropriées afin de réduire son émission de GES. En réalité pourtant, la position des défendeurs pouvait être attaquée sur le principe même des obligations primaires. Ces obligations sont en réalité beaucoup plus incertaines que les demandeurs ne le laissent croire.

Cette incertitude a été relevée plutôt dans la position des tiers intervenants. L'un d'entre eux, le gouvernement autrichien, a souligné que seuls trois articles de l'Accord de Paris avaient un caractère juridiquement contraignant (articles 2 à 4) tandis que les autres étaient seulement des recommandations[689]. Même ces articles ne comportent qu'une obligation de moyen. Ils laissent les États libres de définir leurs objectifs quantitatifs et les moyens pour y parvenir. En outre, elle a souligné que l'accord ne prévoyait pas de sanction en cas de non-respect des objectifs de réduction[690]. Dans son essence, cette intervention est aussi répétée par 8 autres États parties[691]. La plupart de ces États ont souligné qu'en l'espèce, l'État défendeur jouissait d'une marge d'appréciation élargie[692]. Certains d'entre eux ont ainsi mis en garde la Cour d'intervenir dans une question qui selon eux, devrait être réglée par les processus démocratiques prévus dans les droits internes[693].

Outre ces critiques quant aux normes primaires applicables, la Suisse avait ajouté qu'il n'existait, selon elle, aucune méthodologie établie pour déterminer le budget carbone d'un pays

---

[687] CEDH, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c/Suisse*, *op. cit.*, § 352.

[688] Elle ne l'a pas dit expressément pour l'Accord de Paris et la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUC). En réalité, la CCNUCC est un instrument obligatoire, mais il ne fixe pas de limite d'émission de GES.
Elle a pourtant rappelé, expressément, l'absence de caractère obligatoire de deux documents à savoir Résolution 76/300 de l'Assemblée générale des Nations unies et la Recommandation CM/Rec (2022)20 ainsi que des travaux menés par le Conseil de l'Europe en matière de changement climatique.

Ibid, § 354.

[689] *Ibid*, § 366.

[690] *Ibid*.

[691] *Ibid*, §§367-375.

[692] *Ibid*. Voy. par exemple §370.

[693] Voy. par exemple, *ibid.*, §369.

ou sa « juste part »[694]. Elle a d'ailleurs ajouté que les principes de précaution et de solidarité intergénérationnelle n'avaient pas valeur de règles incontestées du droit international. De ce fait, ils n'auraient pas dû orienter la prise de décision de la Cour[695].

La réponse de la Cour. La Cour a déclaré qu'elle était saisie d'une question inédite qui exigeait qu'elle établisse une nouvelle approche de sa jurisprudence[696]. C'est peut-être la raison pour laquelle elle s'est voulue très pédagogue avec un arrêt très long (260 pages) et très bien structuré[697]. La Cour relève un nombre important de détails intéressants sur l'implication des changements climatiques pour les droits de l'homme qui ne nous intéressent pas directement. En ce qui nous concerne, elle a retenu une violation de l'article 8 en expliquant l'approche qui s'impose aux États :

> « le respect effectif des droits protégés par l'article 8 de la Convention exige de chaque État contractant qu'il prenne des mesures en vue d'une réduction importante et progressive de ses niveaux d'émission de gaz à effet de serre, aux fins d'atteindre la neutralité nette, en principe au cours des trois prochaines décennies »[698]

À cette fin, la Cour a dressé une liste des obligations positives qui s'imposent aux États[699]. Il est important de préciser que la Cour n'est pas allée jusqu'à imposer un niveau d'émission de GES maximal au défendeur. Les obligations qu'elle lui a imposées sont de nature plutôt générale et essentiellement procédurale.

En l'espèce, elle a évoqué ce qui suit :

> « le processus de mise en place par les autorités suisses du cadre réglementaire interne pertinent a comporté de graves lacunes, notamment un manquement desdites autorités à quantifier, au moyen d'un budget carbone ou d'une autre manière, les limites nationales applicables aux émissions de GES. »[700]

Elle a aussi relevé l'aveu des autorités compétentes qui ont reconnu ne pas avoir atteint les objectifs passés de réduction des émissions de GES[701]. Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Cour considère que l'État défendeur n'a pas agi en temps utile et de manière appropriée et cohérente afin de réduire ses émissions de GES. Le défendeur a donc outrepassé sa marge d'appréciation et manqué aux obligations positives qui lui incombaient[702].

---

[694] *Ibid*, § 360.
[695] *Ibid*, § 364.
[696] CEDH, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c/Suisse*, *op. cit.*, § 414.
[697] Voy. une critique de l'approche de Cour par Markus (J. P.), « CEDH 9 avr. 2024, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c/Suisse : pourquoi tant de pages ? » disponible sur le site de Dalloz : https://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/cedh-9-avr-2024-verein-klimaseniorinnen-schweiz-et-autres-c-suisse-pourquoi-tant-de-pages/h/4fdf7cf84bd8883bfd20908b39a06ffe.html
[698] *Ibid.*, §548.
[699] *Ibid.*, §550.
[700] *Ibid.*, §573.
[701] *Ibid.*, §558-559.
[702] *Ibid.*, §573.

L'importance des textes onusiens. La position de la Cour peut être critiquée pour plusieurs raisons. La Cour a relevé qu'elle n'était compétente que pour examiner le respect de la Convention. De ce fait, elle ne pouvait contrôler le respect d'autres traités internationaux, même s'ils étaient davantage protecteurs des victimes[703]. Or, son arrêt regorge de références aux rapports du GIEC et aux normes onusiennes relatives à la maîtrise des émissions de GES. Ces références ont un rôle si important dans le raisonnement de la Cour qu'on peut se demander si elle s'est vraiment cantonnée au cadre de la CEDH. Ceci d'autant plus que les États n'ont pas voulu prévoir un mécanisme de contrôle juridictionnel pour les instruments internationaux existants.

Des normes inapplicables. Cependant, et même si la Cour avait pu se rendre juge des obligations onusiennes, elle aurait eu du mal à trouver des normes primaires certaines et obligeant le défendeur. Il faut rappeler que seul le Protocole de Kyoto prévoyait une norme indiquant une quantité précise de réduction dans l'émission des GES. L'article 3 du Protocole prévoit une réduction d'au moins 5 % par rapport au niveau de 1990. Le deuxième cycle du système de Kyoto, prévu par l'amendement de Doha est quant à lui essentiellement symbolique car cet amendement n'est entré en vigueur qu'un jour avant la fin de ce deuxième cycle. L'accord de Paris quant à lui ne prévoit pas de plafond d'émission obligatoire. De ce fait, le seul objectif contraignant qui était imposé à la Suisse était la réduction de 5 % prévue par le Protocole de Kyoto qui concerne de toute façon la période de 2008-2012. En outre, même ces objectifs n'étaient pas applicables devant la Cour.

La Cour elle-même a d'ailleurs rappelé qu'il n'existait pas un droit à la protection générale de l'environnement en général[704]. Autrement dit, la CEDH ne prévoit pas une protection climatique en tant que telle. La Cour se penche donc uniquement sur l'influence de ces questions environnementales sur la protection des droits individuels garantis par la Convention[705].

Une logique à portée incertaine. Ici les normes primaires sont donc l'article 2 (droit à la vie) et l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale). Au fond, la Cour a condamné la Suisse, car son inaction climatique résulte dans la violation de l'article 8. Or, c'est là selon nous la difficulté de l'affaire. En effet, tous les risques pour la vie (physique et privée/familiale) ne jouissent pas de la même protection devant la CEDH. L'usage des pesticides, le déversement

[703] *Ibid.*, §454.
[704] *Ibid.*, §445.
[705] *Ibid.*, §446.

des décharges chimiques dans l'environnement, la production des matières qui ne sont pas biodégradables, et la production des déchets nucléaires sont autant de domaines qui auraient pu être interdits suivant la même logique. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle beaucoup d'États intervenant dans l'affaire ont tenu à préciser l'absence du droit à un environnement sain dans le droit international coutumier[706].

Nous ne tenons ni à mettre en doute la logique bien intentionnée de la Cour ni à proposer une jurisprudence écologique parfaite. Au contraire, la seule prétention de la thèse est ici d'ordre technique. La Cour a condamné la Suisse pour son inaction climatique. Sa compétence ne s'étend pas pour autant au contrôle du respect des normes onusiennes. Or, en dernière analyse, cette condamnation est surtout dépendante du dommage ou de son risque. En l'espèce, il n'existe pas de norme primaire applicable qui interdit ou limite l'émission des GES de manière précise et à un niveau donné. Le contenu de l'objectif de réduction des GES est quant à lui assez incertain. Ce qui existe est le droit à la vie et au respect de la vie privée et familiale. Dans les faits, la Cour a donc lié, d'abord, les mesures nécessaires pour réduire les émissions de GES au risque. Ce risque a ensuite été lié à l'article 8. Autrement dit, les mesures manquantes sont nécessaires afin de réduire les risques climatiques et cette réduction est elle-même nécessaire afin de garantir le respect de l'article 8. Il faut pourtant être conscient que cette logique, suivie jusqu'au bout, peut aboutir à des interdictions beaucoup plus larges que celles que la Cour a énumérées pour les changements climatiques.

En définitive, dans cette affaire l'illicéité d'émettre les GES au-delà d'un certain niveau pourrait être mise en question. Le contenu des obligations de moyen est quant à lui assez incertain. Il faut rappeler le caractère général[707], parfois non obligatoire[708] de certains textes pertinents et l'absence de précision quant au niveau d'émission autorisé. Ce qui ne peut pas être mis en question est le (risque du) dommage résultant des changements climatiques, désormais un fait

---

[706] Voy. les positions des États tiers intervenants notamment celle de la Norvège, *ibid.*, §170.

[707] La Convention cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC) est remplie de ces « engagements » à contenu particulièrement général. Pour n'apporter qu'un seul exemple, on peut mentionner l'article 3§ 1 de la Convention :

« Il incombe aux Parties de préserver le système climatique dans l'intérêt des générations présentes et futures, sur la base de l'équité et en fonction de leurs responsabilités communes mais différenciées et de leurs capacités respectives. Il appartient, en conséquence, aux pays développés parties d'être à l'avant-garde de la lutte contre les changements climatiques et leurs effets néfastes. »

L'équité, la responsabilité commune mais différenciée, l'avant-garde de la lutte et certaines autres expressions témoignent du caractère général ou particulièrement souple de l'engagement dont il est question. Certains énoncés de cette Convention sont si généraux qu'on en vient à mettre en question leur qualité strictement juridique.

[708] Comme mentionné par le gouvernement autrichien, seuls les articles 2 à 4 de l'accord de Paris ont un caractère obligatoire.

scientifiquement établi[709]. Derrière la façade des obligations essentiellement procédurales prévues par la Cour, c'est ce dommage, existant et de plus en plus important, qui est à l'origine de la décision prise[710].

B. Le rapprochement de la responsabilité objective avec l'obligation de prévention et la diligence requise

Il existe certaines autres affaires sur les dommages transfrontières pour lesquelles le fondement de la responsabilité ne fait pas l'unanimité. Tantôt inclus dans la responsabilité classique, tantôt dans la responsabilité objective, ces exemples sont en réalité à la frontière entre les deux. Contrairement à certains autres auteurs, nous ne considérons pas que ces affaires *affirment* la responsabilité objective. Comme pour le sous-titre précédent, elles sont formellement incluses dans la responsabilité classique (la violation du principe de prévention ou de la diligence requise). Or, en réalité, leur examen s'impose aussi en droit de la responsabilité objective. D'une part, ces affaires présentent une certaine conception de la souveraineté qui consolide la théorie de la responsabilité objective. D'autre part, dans ces affaires, la distinction entre la responsabilité objective et l'obligation de prévention est parfois si ténue qu'on en vient à mettre en doute sa réalité. Se posent alors de sérieuses questions sur le principe même et les contours de cette séparation. Les exemples les plus parlants sont les affaires des *Épandages aériens* (1.), *Lac Lanoux* (2.) et *Détroit de Corfou* (3.) qui seront examinées par ordre chronologique[711]. Il existe aussi trois affaires sur les fleuves internationaux devant la CIJ qui seront examinées ensemble et nonobstant leur date (4.). Enfin, nous nous pencherons aussi sur deux décisions internes concernant l'accident chimique de Seveso (5.).

1. L'affaire des Épandages aériens d'herbicides

---

[709] Voy. les rapports du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) sur le sujet, disponibles sur son site :
https://www.ipcc.ch/reports/

[710] Voy. aussi Ferrero (J.), Chronique de jurisprudence internationale, la Cour européenne des droits de l'homme, *RGDIP*, n° 3, 2024, pp. 176-182.
Artnz (S.), Krommendijk (J.), « Historic and Unprecedented-Climate Justice in Strasbourg », disponible sur le site de Verfassungsblog :
https://verfassungsblog.de/historic-and-unprecedented/
Pederson (O.), « Climate Change and the ECHR: The Results Are In », disponible sur Ejiltalk :
https://www.ejiltalk.org/climate-change-and-the-echr-the-results-are-in/

[711] Dans ce sous-titre, contrairement au précédent, l'ordre chronologique va du plus récent au plus ancien. Dans le sous-titre précédent, une certaine continuité entre les décisions rapportées exigeait un ordre chronologique inversé. Ici, en revanche, la fluidité de la démonstration suggère plutôt un ordre chronologique décroissant.

Les faits et la procédure. La plupart des affaires portant sur les dommages transfrontières concernent les cours d'eau internationaux. L'affaire des *Épandages aériens* est le seul à avoir porté sur la pollution transfrontière aérienne devant la CIJ[712]. Après la *Fonderie de Trail*, elle est aussi la deuxième affaire à avoir porté sur ce sujet, devant n'importe quel tribunal international[713]. Le 31 mars 2008, l'Équateur a déposé une requête introductive d'instance contre la Colombie devant la CIJ. Elle reprochait à la Colombie d'avoir effectué des épandages d'herbicides à proximité de leur frontière commune. Selon elle, cet épandage avait causé des dommages graves aux populations, aux cultures à l'environnement naturel de l'Équateur. Il y avait aussi un sérieux risque que ces dommages se répètent à l'avenir[714]. Les deux États sont finalement arrivés à un accord et l'Équateur s'est désisté de l'instance en 2013. Au titre de cet accord, les États ont établi une zone d'exclusion et ont créé une commission mixte chargée de surveiller l'épandage aérien effectué en Colombie[715].

Une responsabilité pour dommage. Comme la majorité des affaires que nous avons examinées, l'Équateur s'est basé sur la responsabilité classique et non pas objective[716]. Il considère en effet que l'épandage d'herbicide constitue un fait illicite. Selon le demandeur, le niveau de diligence requis était particulièrement élevé. La zone transfrontière accueille une population indigène fragile face à ces pollutions ainsi qu'une biodiversité « extraordinaire »[717]. Ces éléments seraient de nature à augmenter le niveau de diligence. Il prétend aussi que la Colombie avait connaissance des dommages qui allaient être créés sur son territoire[718]. Il n'attaque pas le principe même d'épandage, mais la manière dont il a été fait. Selon lui la Colombie n'a pas pris les mesures de précautions nécessaires (« *precautionnary measures* ») afin de prévenir les dommages transfrontières[719].

Encore une fois, on peut se demander si cette qualification de la responsabilité est justifiée. En effet, l'Équateur n'a pas considéré que l'épandage aérien était en soi une activité illicite. L'illicéité venait, selon lui, des circonstances dans lesquelles il était effectué, notamment la proximité avec la frontière. Quand on lit son mémoire, on voit en effet que l'accent est mis sur

---

[712] Boyle (A.), « Transboundary air pollution : a tale of two paradigms », *op. cit.*, p. 4.
[713] *Ibid.*
[714] Voy. CIJ, *Épandages aériens d'herbicides* (Équateur c. Colombie), mémoire de l'Équateur, 28 avril 2009.
[715] Cet exemple n'est donc pas inclus dans la notion de jurisprudence *stricto sensu* mais plutôt dans le contentieux ou la pratique jurisprudentielle de la CIJ.
[716] *Ibid.*, notamment p. 412.
[717] *Ibid.*, p. 4, §1,5.
[718] *Ibid.*, p. 292, §8, 35.
[719] *Ibid.*, p. 292, §8, 36.

les dommages créés. Selon l'Équateur, les dommages créés constituent une violation de sa souveraineté[720].

2. *L'affaire* Lac Lanoux

Les faits et la décision du tribunal. La sentence arbitrale concerne un différend sur l'exploitation de l'eau du Lac Lanoux près de la frontière franco-espagnole. Le Lac en question se situe sur le territoire français. Cependant, la rivière Carol qui trouve sa source dans ledit lac coule en Espagne. Le différend trouve son origine dans un projet d'usine hydroélectrique à l'Hospitalet. Le projet avait pour but d'utiliser l'eau du Lac afin d'alimenter l'usine de l'Hospitalet. Même si la France s'était engagée à rendre l'eau utilisée à la rivière Carol, l'Espagne s'est plainte des conséquences néfastes sur son débit d'eau. Elle s'est basée notamment sur les accords conclus entre les deux États, signés en 1866[721]. Dans sa sentence du 16 novembre 1957, le Tribunal a donné raison à la France, en déclarant qu'elle n'a pas violé les accords de 1866.

L'argumentation du Tribunal. L'argument du Tribunal se construit en trois étapes. La première rappelle la souveraineté des États sur les ressources situées dans leur territoire. Selon le Tribunal, toutes les eaux stagnantes et courantes sont soumises à la souveraineté de l'État à l'intérieur duquel elles sont situées. Pour les ressources transfrontières, « Les eaux courantes changent de juridiction du moment où elles passent d'un Pays dans l'autre »[722].

Dans un deuxième temps, le Tribunal a modéré ce premier principe en déclarant que cette souveraineté n'est pas pour autant absolue. Cela étant, la notion de la souveraineté n'est pas un blanc-seing aux États, afin de nuire aux droits de leurs voisins. À cet égard, dans un passage clé de sa décision, le Tribunal donne sa vision de la souveraineté :

> « La souveraineté territoriale joue à la manière d'une *présomption*. Elle doit fléchir devant toutes les obligations internationales, quelle qu'en soit la source, mais elle ne fléchit que devant elles. »[723]

Dans la dernière étape de son argumentation, le Tribunal refuse de condamner la France. Cette décision se base, entre autres, sur le fait que la France s'était engagée à renvoyer le montant prélevé à la rivière Carol. Selon le Tribunal, l'Espagne avait échoué à démontrer un préjudice raisonnablement prévisible. La responsabilité française n'aurait été engagée que si la France

---

[720] *Ibid.*, pp. 255-271.
[721] Il s'agit du Traité de Bayonne du 26 mai 1866 et de l'Acte additionnel de la même date.
[722] Affaire *Lac Lanoux* (France c. Espagne), Nations Unies, *RSA*, vol. XII, 1957, p. 300.
[723] Italiques ajoutés. *Ibid.*, p. 301.

avait échoué à prendre toutes les précautions possibles pour éviter les dommages transfrontières[724].

La référence à la responsabilité pour risque. En réalité, ce n'est pas la ligne principale de l'argumentation du Tribunal, mais un passage incident qui a attiré l'attention des partisans de la généralisation de la responsabilité objective. Au cours de son argumentation générale, le Tribunal mentionne la délimitation exacte de la demande espagnole, qui se base essentiellement sur les Accords de 1866. Dans une sorte d'*obiter dictum* le Tribunal rappelle les autres possibilités juridiques qui se présentaient à l'Espagne, mais qu'elle a décidé de ne pas retenir. L'une d'entre elles intéresse particulièrement notre étude. Il s'agit d'un passage où le Tribunal dit que l'Espagne aurait pu invoquer une responsabilité pour risque :

> « Mais il n'a jamais été allégué que les ouvrages envisagés présentent d'autres caractères ou entraînent d'autres risques que les ouvrages du même genre qui sont aujourd'hui répandus dans le monde entier. Il n'a pas été affirmé clairement *que les ouvrages prévus entraîneraient un risque anormal dans les relations de voisinage* ou dans l'utilisation des eaux. »[725]

Selon l'un des groupes de travail de la CDI (celui de 1996), ce passage peut être interprété comme ouvrant la porte à une responsabilité pour risque. Le passage en question démontre que la solution aurait pu être différente si l'Espagne avait démontré un « risque anormal de voisinage »[726]. Certes, il y a là une possibilité. Néanmoins, il ne faut pas exagérer l'importance de ce passage. Quand on lit la sentence en entier, on s'aperçoit qu'il s'agit vraiment d'un passage incident qui tente de justifier le raisonnement principal, basé sur le fait illicite. Il est vrai qu'il s'agit là d'un indice intéressant, mais il est loin d'être une affirmation de la responsabilité objective.

Une contribution limitée, mais réelle. Dans la même veine que le *Détroit de Corfou,* cette décision se base plutôt sur les obligations de prévention. Si le Tribunal avait accepté les réclamations espagnoles, la France aurait été condamnée pour fait illicite et non pas en fonction d'un principe général de responsabilité pour risque. Cela étant, cette sentence n'est aucunement une affirmation de la responsabilité objective. En revanche, tout comme pour le *Détroit de Corfou,* il *consolide* le fondement théorique de la responsabilité objective. Premièrement, sa décision figure parmi les rares cas qui mentionnent le risque anormal de voisinage dans la sphère internationale. Ensuite, il s'agit d'une décision qui donne des précisions précieuses sur l'obligation de prévention. Celle-ci, même si elle est distincte de la responsabilité objective, repose sur le même fondement théorique qui est le caractère limité de la souveraineté. Cela

[724] Pour le dispositif de la sentence voy. *ibid.*, p. 317.
[725] Italiques ajoutés. *Ibid.*, p. 303.
[726] Rapport du Groupe de travail de la CDI, 1996, p. 123.

étant, la partie clé de la décision, maintes fois rappelée dans son principe, est la présentation de la souveraineté comme une *présomption*[727] et non pas une liberté absolue. C'est cette conception fondamentale qui justifie l'acceptation de la responsabilité objective dans la pratique étatique[728].

3. *L'affaire* Détroit de Corfou

Les faits et la décision de la Cour. Un grand classique en droit international, cet arrêt est bien connu des internationalistes. On se contentera donc d'un bref rappel des faits. L'arrêt de la CIJ porte sur les dommages subis par des navires anglais au cours de leur passage dans le détroit de Corfou. Les événements se sont déroulés dans les eaux territoriales de l'Albanie. Le Royaume-Uni lui a reproché d'avoir, soit posé les mines elle-même, soit laissé faire un autre État. Le minage n'a pas été porté à la connaissance des autres États et a posé un obstacle à la liberté de navigation. Dans sa décision, la Cour déclare que l'Albanie était soit informée directement ou, à défaut, aurait dû en être informée en tant qu'État souverain. Par conséquent, les dommages subis lui étaient attribuables et elle était dans l'obligation de les réparer.

La doctrine favorable à la responsabilité objective. Dans cette affaire, comme dans les affaires précédemment citées, l'argumentation de la Cour ne se concentre pas sur le fait illicite. Elle annonce que, dans tous les cas, l'Albanie était censée connaître les événements qui se déroulaient sur son territoire. Les partisans de la responsabilité objective y ont vu une reconnaissance de la responsabilité objective[729]. Ils se sont surtout basés sur un court passage devenu emblématique :

> « Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VI11 de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolus encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes *et l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États.* »[730]

La version anglaise de ce passage est légèrement différente en ce qu'il énonce cette dernière obligation dans les termes suivants :

---

[727] Voy. aussi l'Étude de 1995, p. 87 ; le Rapport du Groupe de travail de la CDI, 1996, p. 123.
[728] Voy. *supra* Chapitre 2.
[729] Voy. par exemple Kelson, (J. M), « State responsibility and the abnormally dangerous activity », *Harv Int'l L J*, vol. 13, n°2, p. 236 ; Schneider (J.), « State responsibility for environmental protection and preservation: ecological unities and a fragmented world public order », *in Yale Studies on World Public Order*, vol. II, 1975, p. 68 ss.; De Mestral (A. L. C.), « Prevention of Pollution of the Marine Environment Arising from Offshore Mining and Drilling », *Harv Int'l L J*, vol. 20, n°3, 1979, p. 487.
[730] CIJ, Affaire du *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), Arrêt sur le fond, Arrêt du 9 avril 1949, p. 22. Italiques ajoutés.

> « … *and every State's obligation not to allow* knowingly *its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.* »[731]

Les partisans de la généralisation de la responsabilité objective y voient un principe proche de celui énoncé dans la *Fonderie de Trail*. Les États seraient responsables du simple fait qu'un dommage transfrontière trouve son origine sur leur territoire. Selon cette thèse, la responsabilité objective est la contrepartie légitime des compétences souveraines.

L'opposition majoritaire. La majorité de la doctrine internationaliste a refusé cette interprétation et elle doit être soutenue[732]. Il est clair que dans cette affaire la position de la Cour se rapproche davantage de l'absence de diligence due plutôt qu'à la responsabilité objective. La pose de mine dans les voies navigables constitue sans doute un fait illicite. Il existe alors une violation du droit international et donc une responsabilité pour fait illicite.

Il n'en reste pas moins que le principe rappelé ci-dessus (l'obligation de ne pas laisser utiliser son territoire contre les autres États) influence aussi le fondement de la responsabilité. L'opposition majoritaire y voit une obligation de prévention plutôt qu'une véritable responsabilité objective. Il s'agit par exemple du rapporteur spécial Barboza qui met en avant le terme « *knowingly* » dans la version anglaise pour en déduire la « faute » de l'état, ainsi qu'une obligation de prévention[733]. En réponse à cette lecture de l'affaire, nous devons affirmer, premièrement, que la version française du texte ne contient pas cette précision. Cette précision linguistique est importante, car pour cette décision c'est le texte français qui fait foi[734]. La position du rapporteur spécial se confronte donc à un obstacle majeur. Ensuite, et même si on faisait abstraction du texte faisant foi, l'énoncé de la Cour est si large qu'il ne serait pas limité à la seule obligation de prévention. Cet énoncé met l'accent sur les « droits d'autres États » et non pas sur le droit international. Le choix des mots rapproche, encore une fois, la responsabilité du dommage et non pas du fait illicite objectivisé.

Il n'y a pas de doute que les États ont l'obligation d'empêcher toute activité illicite qui risque de produire des dommages transfrontières. Grâce à la jurisprudence ultérieure de la CIJ[735], ainsi

---

[731] *Ibid.* Italiques ajoutés.

[732] Voir à titre d'exemple Nègre (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement*, *op. cit.*, pp. 212-213 ; Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, pp. 51-52 ; Dupuy (P-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique, op. cit.*, pp. 187-190.

[733] Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 51. C'est le rapporteur spécial qui utilise la « faute » (*culpa lato sensu*).

[734] CIJ, *Détroit de Corfou, op. cit.*, p.37.

[735] Voir CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), *op. cit.*, p. 14 ; CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica), *op. cit.*, p. 665 ; *Projet Gabčikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *C.I.J. Recueil 1997*.

qu'aux conclusions de la CDI[736], ce principe ne fait plus aucun doute. Cependant, la question est toujours ouverte de savoir si le simple fait de causer un dommage transfrontière constitue une violation de la souveraineté de l'État victime ou pas. *Détroit de Corfou* ne répond tout simplement pas à cette question. Elle est certainement basée sur un fait illicite. Or, en dernière analyse, elle affirme la restriction des droits souverains à ce qui est respectueux des autres souverainetés. Cette restriction consolide la responsabilité objective qui est basée sur la même conception de la souveraineté.

4. Le triptyque des fleuves internationaux

Une contribution indirecte. Il existe trois affaires de la CIJ qui ont en commun de prétendus dommages transfrontières à travers les fleuves internationaux. Il s'agit des *usines de pâte à papier*, du *fleuve San Juan* et du *projet Gabčíkovo Nagymaros*. Il n'est pas nécessaire de revenir sur les détails de chaque arrêt, bien connu des internationalistes. Formellement, le fondement de la responsabilité est toujours le fait illicite à travers l'obligation de prévention. Néanmoins, comme pour les arrêts précédents, ces affaires consolident le fondement théorique de la responsabilité objective en limitant l'exercice des droits souverains par les États en amont.[737]

L'exemple de Gabčikovo. Il existe plusieurs exemples dans ces arrêts qui démontrent les liens entre les obligations de prévention et la responsabilité objective. Sans vouloir les relever tous, quelques exemples les plus importants doivent être mentionnés. L'apport principal de *Gabčikovo-Nagymaros* réside dans le lien qui est fait entre le développement économique et les prérogatives environnementales :

> « Au cours des âges, l'homme n'a cessé d'intervenir dans la nature pour des raisons économiques et autres. Dans le passé, il l'a souvent fait sans tenir compte des effets sur l'environnement. Grâce aux nouvelles perspectives qu'offre la science et à une conscience croissante des risques que la poursuite de ces interventions à un rythme inconsidéré et soutenu représenterait pour l'humanité — qu'il s'agisse des générations actuelles ou futures —, de nouvelles normes et exigences ont été mises au point, qui ont été énoncées dans un grand nombre d'instruments au cours des deux dernières décennies…. *Le concept de développement durable* traduit bien cette nécessité de concilier développement économique et protection de l'environnement. »[738]

Même si la décision rattache le développement durable à la diligence due, la logique sous-tendant ce passage s'applique aussi à la responsabilité objective. Le principe est simple : le

---

[736] Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs, *ACDI*,2001, vol. II (2), Article 3 et les commentaires y relatifs, pp. 420-426.
[737] CIJ, *Projet Gabčikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), *op. cit.*, §140, CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), *op. cit.*, §§101, 204, 223, 272 ; CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica), *op. cit.*, §§118, 120, 127.
[738] Italiques ajoutés. CIJ, *Projet Gabčikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), *op. cit.*, §140.

développement économique ne peut pas se faire aux dépens d'intérêts plus essentiels encore, notamment celui de la protection de l'environnement[739].

Une occasion manquée. Dans l'affaire des *Usines de pâte à papier*, la Cour rappelle que les parties ne lui ont pas demandé de statuer sur la base de la responsabilité objective[740]. Or, l'article 42 du Statut du fleuve Uruguay semble reconnaître une telle responsabilité :

> « Article 42.
> Chaque Partie est responsable envers l'autre des dommages résultant de la pollution causée par ses propres activités ou par celles menées sur son territoire par des personnes physiques ou morales. »

La généralité du texte en question pouvait être comprise comme autorisant une responsabilité objective. Il est donc intéressant de voir que le demandeur n'a pas voulu se baser sur ce fondement. Plutôt qu'au refus de la responsabilité objective, ce choix tient à la stratégie juridique des États. Souvent, ils préfèrent choisir le fondement le plus sûr, à savoir la diligence due. Or, comme nous l'avons souligné, dans beaucoup d'affaires, la frontière entre cette obligation de diligence et la responsabilité objective est difficile à établir. Dans tous les cas, cette affaire a constitué une étape importante dans le développement des obligations de prévention dans la jurisprudence de la CIJ[741].

Une jurisprudence désormais constante. L'affaire relative à la *Construction d'une route le long du fleuve San Juan* est un exemple majeur et plus récent (2015) qui rappelle le principe de prévention. Désormais la pratique de la CIJ semble stabilisée. La Cour commence souvent par le rappel du *Détroit de Corfou* et continue par un rappel des *Usines de pâte à papier*[742]. Elle examine aussi systématiquement les deux aspects procéduraux et substantiels du principe de prévention, en conformité avec les Articles de 2001 de la CDI sur la prévention[743].

La lecture de ces arrêts emblématiques est aussi intéressante pour comprendre l'apport de la diligence requise et son lien avec la responsabilité objective. Le développement et la précision des obligations de diligence requise dans la jurisprudence de la CIJ constitue indéniablement un pas en avant dans la protection des victimes. Ces obligations jouent un rôle préventif

---

[739] Il existe aussi un autre passage, aussi connu que pertinent :
« La Cour ne perd pas de vue que, dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages. »
Ibid.

[740] CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *op. cit.*, §272.

[741] Dans cette affaire, la CIJ a adopté une approche très restrictive même dans le cadre des obligations de prévention. Voy. Kerbrat (Y.), Maljean-Dubois (S.), « La C.I.J. face aux enjeux de protection de l'environnement », *RGDIP*, Tome 115, 2011, n° 1, pp. 39-75.

[742] L'affaire relative à la *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan*, *op. cit.*, §104.

[743] Voy. par exemple *ibid.*, § 101 ss. ; §190 ss.

essentiel, en empêchant notamment les États d'utiliser leur territoire de manière abusive. Dans cette perspective, il serait inutile, voire dangereux, de remettre en question l'intérêt et la pertinence de la diligence requise pour la protection des victimes. Toutefois, il est crucial de ne pas surestimer la portée de cette utilité. La jurisprudence de la CIJ sur la diligence requise comporte également des limites qu'il convient d'examiner[744].

En effet, l'obligation de diligence requise se concrétise essentiellement dans des obligations de nature procédurale (obligation de notification[745], étude d'impact[746], etc.). En outre, le non-respect de la diligence requise n'aboutit souvent pas à une indemnisation. La Cour s'est souvent contentée de mesures de satisfaction, notamment la simple déclaration de l'illicéité[747]. À cela il faut ajouter que la diligence requise n'a, en principe[748], pas d'incidence sur l'établissement de la preuve. Autrement dit, même si le dommage est créé sur un territoire étranger, les victimes devront toujours prouver le manquement à la diligence requise[749]. Étant donné que l'origine des dommages se situe souvent sur un territoire étranger, cette preuve peut s'avérer particulièrement difficile à fournir.

Jusqu'ici, la jurisprudence de la CIJ rattache l'obligation de prévention aux seuls faits illicites[750]. Reste à savoir, s'il y a une ouverture possible vers la théorie du risque. Les ingrédients sont là, il faut juste une volonté juridique pour franchir le pas.

5. Les affaires relatives à l'accident chimique de Seveso

---

[744] Les trois points qui vont suivre ont été soulignés par le Professeur Kerbrat dans son pré-rapport à la thèse à l'origine de cet ouvrage.

[745] Voy. CIJ, *Gabçikovo Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), *op. cit.*, §140 ; CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *op. cit.*, §§71-122 ; CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica), §§106-122. Voy. aussi les articles de 2001 sur la prévention, notamment les articles 4, 6-12.

[746] CIJ, *Gabçikovo Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), §§ 41,45,125 ; CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *op. cit.*, §§210-213 ; CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica), §§ 101-105,146-162.

[747] CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *op. cit.*, §§80-122, le premier paragraphe du dispositif ; *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, *op. cit.*, §§71-122 ; CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica), §§ 146-162, le sixième paragraphe du dispositif.
Au cours de la soutenance de cette thèse, le Professeur Kerbrat a rappelé, à juste titre, que dans la plupart des affaires il n'y a pas eu de dommage matériel qui justifierait une indemnisation (*Usines de pâte à papier, Costa-Rica c. Nicaragua*, etc.).

[748] Dans des cas exceptionnels, il peut y avoir une présomption de responsabilité mais qui dépend des faits d'espèce plutôt qu'à la nature et au fonctionnement habituel de la diligence requise. Voy. *supra* §1, RDC c. Ouganda.

[749] CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, *C.I.J. Recueil 2007*, §462.

[750] Voy. aussi la Cour suprême italienne, *Société d'Énergie Électrique du Littoral Méditerranéen v. Compagnia Imprese Elettriche Liguri*, 13 février 1939, Foro Italiano 1939, I, p. 1036 cité *in* Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, p. 283.

Un autre exemple emblématique. Contrairement aux autres affaires que nous venons d'examiner, celle-ci concerne des décisions internes et non interétatiques. Il s'agit de l'un des accidents industriels les plus connus en Europe. Sa réputation vient aussi du fait de la mise en place de la Directive Seveso par la Communauté économique européenne (CEE) qui était une réponse directe à l'accident[751]. Il a même été qualifié comme étant le point de départ de l'intérêt pour la responsabilité environnementale dans l'Union européenne[752].

Il s'est produit le 10 juillet 1976 dans l'usine ICMESA dans la ville de Meda en Italie. L'usine appartenait à Givaudin, une filiale de la multinationale suisse Hoffmann-LaRoche. À la suite de l'éclatement d'une soupape de sécurité, un nuage de trichlorophénol s'est dégagé du réacteur de production. Ce nuage de gaz toxique a atteint les territoires de Meda, Seveso, Cesano, Maderno et Desio. À cause de la direction des vents, Seveso a été la localité la plus contaminée. D'importants dommages environnementaux et corporels ont été causés par l'accident, mais nous n'en connaissons pas la portée exacte.

Le fondement de la réparation. La qualification du fondement de la responsabilité dans ce cas d'espèce n'est pas chose aisée. Il existe plusieurs éléments qui impliquent plutôt une responsabilité pour fait illicite. Cependant, certains dans la doctrine y voient une reconnaissance de la responsabilité objective. Selon nous, il s'agit d'un cas de responsabilité pour fait illicite mais il mérite sa place dans ce sous-titre car il contribue indirectement, comme nous allons le démontrer, à la théorie de la responsabilité objective.

Immédiatement après l'accident, le Parlement italien a mis en place un comité d'enquête. Selon le comité, l'entreprise en charge de l'exploitation n'avait pas pris les mesures de sécurité suffisantes et n'avait pas non plus informé de manière suffisamment rapide les autorités italiennes du danger que représentait le nuage toxique[753]. Cependant, la réparation effectuée aurait été prise en charge sans référence à ces insuffisances et plutôt sur la base du dommage. La plus grande partie des réparations a été effectuée en fonction d'un accord à l'amiable (*settlement*) entre le gouvernement italien et Givaudin[754]. Il s'agissait d'un paiement de 80 millions de dollars. La ville de Seveso a aussi poursuivi Givaudin devant les tribunaux

---

[751] La directive a été mise à jour à plusieurs reprises. Sa dernière version, la Directive Seveso III est toujours applicable dans l'Union européenne. Voy. la directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil disponible ici : https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:197:0001:0037:FR:PDF

[752] Faure (M.), « Environmental Liability of Companies in Europe », *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, vol. 39, n° 1, 2022, p. 19.

[753] Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.*, p. 283.

[754] *Ibid.*, pp. 283-284.

genevois. Ces tribunaux sont arrivés à la même conclusion que la commission d'enquête italienne. La réparation a pourtant été accordée sur la base d'un autre accord entre l'entreprise et la ville de Seveso à la hauteur de 7,2 millions de dollars[755]. Même si la commission d'enquête italienne a retenu la négligence de Givaudin, les réparations auraient été accordées indépendamment de cette faute[756]. Horbach, en déduit une tendance à reconnaître la responsabilité sur le fondement du risque et indépendamment du fait illicite[757].

Nous ne pouvons pas adhérer à cette interprétation. Si les tribunaux italiens et suisses n'ont pas mis l'accent sur la faute de Givaudin, c'est vraisemblablement parce que celle-ci avait déjà été établie par le rapport du Parlement italien. Ces tribunaux étaient donc chargés de déterminer les dommages réparables et les montants de réparation. L'absence de référence explicite au fait illicite n'implique pas automatiquement l'admission de la responsabilité objective. Toutefois, nous avons jugé utile d'examiner cette affaire afin de souligner l'importance de l'incertitude scientifique dans les accidents industriels. En effet, cette incertitude peut influencer de manière significative la réponse à apporter sur le fond.

L'incertitude scientifique. En l'espèce, les dommages ont été notamment dus aux effets de 2,3,7,8-tetrachlorodibenzo-p-dioxine (TCDD), un sous-produit de la synthèse du trichlorophénol. Au moment de l'accident (en 1976), il n'y avait pas de certitude scientifique sur les effets du TCDD sur les êtres humains[758]. Des études toxicologiques en laboratoire avaient montré la toxicité de cette molécule. Néanmoins, ces études avaient aussi démontré une très grande variabilité des niveaux de toxicité en fonction de chaque espèce animale. Face à cette incertitude, certains scientifiques craignaient des effets catastrophiques alors que d'autres avaient minimisé les risques[759]. Si les tribunaux avaient voulu se pencher sur la question de la faute, cette incertitude aurait certainement influencé le niveau de la diligence requise. Par conséquent, le jugement sur la licéité de l'acte aurait été en partie obscurci à cause de ces incertitudes scientifiques[760]. Cette incertitude pourrait s'étendre à d'autres domaines industriels et technologiques, rendant parfois impossible la détermination du fait illicite à l'origine du

---

[755] *Ibid.*, p. 284.

[756] *Ibid.* L'usage du conditionnel est justifié par le fait qu'on n'a pas pu accéder à la version intégrale de ces décisions. Nous sommes donc contraints de nous en remettre aux rapports présentés par la doctrine sur le sujet.

[757] *Ibid.*

[758] Les informations scientifiques de ces paragraphes sont rapportées par Centemeri (L.), « Retour à Seveso : La complexité morale et politique du dommage à l'environnement », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, janvier-mars 2011, 66e année, n°1, Environnement, p. 218.

[759] *Ibid.*

[760] Voy. Mbengue (M. M.), *Essai sur une théorie du risque en droit international public, op. cit.*, Deuxième Partie, Chapitre II, Section II.

dommage. Dans ce cas, comme dans certains autres déjà mentionnés[761], la responsabilité objective peut figurer parmi les solutions à envisager pour répondre aux aléas des activités dangereuses mais socialement bénéfiques.

[761] Voy. notamment *supra* Chapitre 2, Section 2.

Conclusion de la Section 2

La séparation entre les formes de responsabilité. Selon nous, l'ensemble des exemples examinés sont formellement inclus dans la responsabilité classique. Les juges et les arbitres ont certainement voulu justifier leur décision sur cette base. L'objectif de la Section n'était donc pas d'y trouver une affirmation expresse de la responsabilité objective. Nous avons pourtant vu qu'ils donnent aussi à réfléchir sur la place de la responsabilité objective et son lien avec le principe de prévention et la diligence requise. Il est clair que dans ces exemples les deux formes de responsabilité sont difficilement séparables. Il nous semble aussi clair que l'obligation de prévention et la diligence requise partagent le même fondement théorique avec la responsabilité objective, à savoir la restriction de la souveraineté à un exercice non dommageable des droits souverains. Par conséquent, nous sommes d'avis que, même appartenant à une catégorie distincte, ces affaires consolident le fondement théorique de la responsabilité objective. En outre, elles posent aussi une sérieuse question sur la réalité et la pertinence d'une séparation stricte entre l'obligation de prévention et la responsabilité objective. En effet, dans les affaires mentionnées, cette distinction est difficile à établir. Quel que soit le jugement sur les rapports entre les deux formes de la responsabilité, ces exemples consolident le fondement théorique de la responsabilité objective et, par ce biais, aide son développement futur.

Conclusion du Chapitre 3

L'incertitude de la jurisprudence. Il a été démontré que la jurisprudence pertinente est interprétée de manière contradictoire par les partisans et opposants à la généralisation de la responsabilité objective. Ce constat n'est guère surprenant. Volontairement ou non, ces affaires laissent une porte ouverte à la responsabilité objective, sans pour autant statuer définitivement sur son sort. Cela dit, il existe bien peu de précédents qui ont *affirmé* la responsabilité objective, notamment dans les rapports interétatiques. Cette discrétion jurisprudentielle est compréhensible. En l'état, les incertitudes du droit international sont telles que les juges et les arbitres préférèrent ne pas prendre définitivement position sur le sujet.

La malléabilité de la jurisprudence. En réalité, quand on voit le contexte des affaires examinées, le fondement de la responsabilité n'a jamais été le cœur de l'argumentation. Les juges et les arbitres se contentent de mentionner le « *non-harm principle* » sans pour autant préciser le fondement de la responsabilité en tant que tel. D'ailleurs, même s'ils le souhaitaient, il n'est pas certain que le résultat aurait été satisfaisant. Pour ces questions, la frontière entre les responsabilités objective et classique est si floue, qu'un choix définitif entre les deux n'est pas toujours possible.

L'apport de la jurisprudence. Ces ambiguïtés n'enlèvent en rien l'intérêt de ces exemples. Cet intérêt est double. Premièrement, en matière des dommages transfrontières, l'accent est souvent mis sur le dommage plutôt que l'illicéité. Deuxièmement, ces exemples démontrent le lien ténu entre, d'une part, la responsabilité objective et, d'autre part, l'obligation de prévention et la diligence requise. Même en étant distinctes, les trois notions gravitent autour des mêmes principes. Le point de départ est la conception de la souveraineté, non pas comme une notion absolue, mais plutôt comme une « présomption »[762]. Cette vision fondamentale est la clé pour le développement futur de la responsabilité du fait des dommages transfrontières.

[762] Voy. *supra* l'affaire du *Lac Lanoux.*

Chapitre 4 : La place de la responsabilité objective dans les travaux de la CDI

L'importance des travaux de la CDI. L'analyse des travaux de la CDI sur le sujet présente des intérêts multiples. Premièrement, la conclusion de la CDI sur la place de la responsabilité objective est particulièrement importante au regard du prestige et du rôle fondamental de l'Institution. Ces travaux constituent à la fois une synthèse des sources existantes (l'objectif de codification) et une proposition doctrinale (le développement progressif du droit international)[763]. Ils sont d'une importance telle que l'on pouvait envisager cette thèse comme un commentaire aux Principes adoptés en 2006. Cette possibilité a été très vite écartée, car elle aurait présenté peu d'intérêt. Or, les positions de la présente étude ont pris forme après la lecture attentive de l'ensemble de ces travaux et en réaction à la position de la CDI. Il n'est donc pas exagéré de dire que l'ensemble de cette thèse est en réalité une réaction aux travaux de la CDI sur le sujet.

Au-delà de ce premier intérêt plutôt général, l'examen des travaux de la CDI présente un intérêt plus précis. Il est aussi l'occasion d'une analyse de l'institution qu'est la CDI, de ces limites et de ses potentiels. Il s'agit d'un sujet aux enjeux énormes dont les particularités consolident son importance pour la présente analyse. La CDI a dû opérer un arbitrage entre des intérêts contradictoires. Les conflits et les tensions historiques au sein de l'ONU ont été très visibles concernant les travaux dont il est question. Ces conflits étaient à la mesure d'un autre, parmi les internationalistes eux-mêmes. Pour une partie des membres de la CDI, ce travail a été un non-sujet dès le départ. D'autres y voyaient un sujet d'importance majeure. Coincés entre ces attentes contradictoires, les rapporteurs spéciaux ont agi avec le peu de moyens dont ils disposaient. Ces travaux ont donc représenté une épreuve difficile pour l'organisme tout entier, car ils portaient sur un sujet davantage tourné vers le développement progressif que vers la codification du droit international. Au regard de toutes ces difficultés, l'examen des travaux de la CDI présente un intérêt plus large que la seule responsabilité objective.

L'examen sélectif d'une source primordiale. Les travaux de la CDI sur le sujet sont d'ampleur[764]. L'objectif n'est pas de les examiner de manière exhaustive car une telle étude

---

[763] Voy. l'article 13§ 1 de la Charte des Nations Unies.

[764] Elle a examiné le sujet pendant 27 ans, des centaines de pages ont été rédigées et elle a profité d'une aide extérieure afin de compléter son travail. Il s'agit notamment des trois « Études » préparées par le Secrétariat des Nations-Unies en 1984, 1995 et 2004. Ces trois documents offrent essentiellement un tour d'horizon des régimes internes et internationaux de responsabilité objective existant à l'époque de leur rédaction.
Voy. doc. A/CN.4/384, 1985; doc. A/CN.4/471, 1995 ; doc. A/CN.4/543.

exigerait une thèse à part entière. Il suffit de présenter les rapports des divers comités et rapporteurs de manière synthétique. À travers ces présentations, l'objectif est d'aller plus loin qu'une simple démarche descriptive, en tirant les conclusions adéquates au fur et à mesure que les travaux seront examinés.

Des travaux particulièrement complexes. Avant d'entrer dans le vif du sujet, une précision s'impose. Il a déjà été précisé que la place du présent Chapitre tient aussi à la difficulté du sujet. Quand la CDI a commencé à l'examiner, il s'agissait d'un domaine nouveau[765] (certains diraient prospectif) qui était loin de faire l'unanimité dans la doctrine. Les rapporteurs spéciaux ont donc procédé par tâtonnement. Les retours de la Commission et de l'Assemblée générale furent nombreux, parfois contradictoires, et les rapporteurs spéciaux ont dû adapter le texte en fonction[766]. Par conséquent, les travaux semblent parfois difficiles d'accès, voire incohérents. Il y a donc une difficulté certaine à rendre compte de ces travaux, de manière compréhensible. Malgré tout, un effort constant a été consacré pour présenter ces travaux de la manière la plus accessible possible.

Une présentation par ordre chronologique. Les travaux de la Commission seront présentés par ordre chronologique, en fonction des trois rapporteurs spéciaux. Les travaux connexes (groupes de travail, retours étatiques, études du secrétariat) seront inclus sous le rapport correspondant. Il faut donc examiner les travaux des trois rapporteurs spéciaux (Section 1) avant de se pencher sur les Principes finalement adoptés (Section 2).

---

[765] Voy. à titre d'exemple, l'appréciation du Groupe du travail de la CDI en 1978 :
« Le sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant de l'accomplissement d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international n'a acquis de l'importance qu'à une époque récente, et la plupart des ouvrages classiques de droit international n'en traitent pas séparément. »
Rapport du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, 1978, doc. A/CN.4/L.284, p. 168, § 9.

[766] Voy. à ce propos Barboza (J.), *The Environment, risk and liability, op. cit.*, pp. 73-74.

Section 1. Les travaux des rapporteurs spéciaux

Nous allons examiner successivement les travaux de R. Quentin-Baxter (§1), de J. Barboza (§2) et de P. Rao (§3).

§1 Le premier rapporteur spécial

Le champ d'application d'une responsabilité essentiellement causale. Le rapporteur spécial Quentin Baxter présente Wilfred Jenks comme un pionnier dans le sujet. Il serait le premier à avoir décrit des situations dans lesquelles les mécanismes de la responsabilité classique se révèlent insuffisants[767]. Il s'agit de celles dans lesquelles le progrès scientifique et technique a permis des activités socialement utiles, mais dangereuses. En droit international, comme en droit interne, il n'est pas possible d'interdire ces activités au vu de leur utilité sociale. En même temps, la logique de la responsabilité classique ne permet pas de régir les conséquences juridiques de ces activités. Par conséquent, il faut avoir recours « à un régime, nouveau et exceptionnel, d'obligations dans lequel le lien de causalité entre une activité légitime et la survenance d'un dommage grave se substituerait au fait illicite de l'État en tant qu'élément générateur d'une obligation. »[768] Il s'agit, en droit, de remplacer le fait illicite par le simple lien de causalité entre une activité dangereuse et le dommage qui en découle.

L'ébauche de plan qui retient la responsabilité objective. Dans sa première ébauche de plan, le rapporteur spécial avait prévu une obligation de réparation même en l'absence d'un accord préexistant entre les parties[769]. La Section 4 de son ébauche de plan se lisait ainsi :

> « Section 4
>
> 2. Réparation doit être donnée par l'État auteur à l'État victime pour toute perte ou tout dommage, sauf s'il est établi que l'octroi d'une réparation pour une perte ou un dommage de ce type ou de cette nature n'est pas conforme aux anticipations communes desdits États. » [770]

---

[767] Voy. *supra* l'introduction de la thèse, §3 pour une analyse des positions de W. Jenks. En réalité, d'autres membres de la doctrine, notamment G. Scelle, avaient démontré ces insuffisances bien avant Jenks.

[768] *Quatrième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Quentin-Baxter (R.), rapporteur spécial, 1983, doc. A/CN.4/373, *ACDI*, 1983, p. 210, §3.

[769] La Section 4, § 1, prévoyait en effet que cette Section régissait la question de réparation en l'absence d'accord entre l'État victime et celui d'origine.
Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, Quentin-Baxter (R.Q), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/360, 1982, p. 76.

[770] *Troisième rapport*, Quentin-Baxter (R.Q), p. 76.

La Section 5 de l'ébauche de plan prévoyait aussi que « pour autant que les articles précédents le permettent, les pertes ou dommages subis par une victime innocente ne devraient pas être laissés à sa charge ».

Un rapporteur favorable à la responsabilité objective étatique. Le premier rapporteur spécial avait adopté une approche favorable à la généralisation de la responsabilité objective. Conscient de l'hésitation des États à reconnaître une telle responsabilité, il décrivait ainsi le travail de juriste :

> « Quand, par exemple, des représentants de gouvernements qui ne sont pas juristes estiment ne pas pouvoir adopter des directives qu'ils ont demandées et qu'ils jugent acceptables sur le plan économique et social, parce qu'ils ont été mis en condition de considérer le droit international comme une force irrationnelle qui peut prendre leurs gouvernements au piège, il est temps pour les juristes de remettre de l'ordre dans leurs propres affaires. *La proposition selon laquelle tout préjudice n'est pas illicite a pour corollaire qu'un préjudice sensible n'est jamais négligeable juridiquement.* » [771]

Le rôle central des « anticipations communes ». Que ce soit dans le principe même de la réparation[772] ou son montant[773], le rapporteur spécial met en avant l'importance des anticipations communes. Il explique ce qu'il entend par ce concept dans son quatrième rapport :

> « 4. Au sens des deux articles précédents, l'expression "anticipations communes" s'entend notamment des anticipations 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) 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 lesdits États appartiennent, ou parmi la communauté internationale. »[774]

Une confusion ancienne entre la prévention et la responsabilité objective. Le mandat initial de la Commission, tel que conçu par l'Assemblée générale des Nations Unies, portrait sur la question de la responsabilité sans fait illicite[775]. C'est la vision du premier rapporteur spécial qui a influencé le travail de la Commission, en reliant le sujet avec celui de la prévention[776]. Malgré quelques réticences à cette idée, la majorité des membres de la CDI et de la Sixième

---

[771] Italiques ajoutés. *Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Quentin-Baxter (R.Q), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/346, 1981, p.128, §79.
[772] La Section 4, § 2 de l'ébauche de plan susmentionnée, *Troisième rapport*, p. 76.
[773] *Ibid*, Section 4, § 3
[774] *Quatrième rapport*, Quentin-Baxter (R.), p. 235, Section 4, § 4
[775] Voy. par exemple la résolution 32/151, §7 de l'AGNU qui ne fait pas mention des obligations de prévention. Voy. aussi les résolutions 3071 (XXVIII) du 30 novembre 1973, 3315 (XXIX) du 14 décembre 1974 et 3495 (XXX) du 15 décembre 1975.
[776] Voy. Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 81.

Commission ne s'y sont pas opposées[777]. Cependant, l'expérience des travaux et leurs retombées *a posteriori* ont donné raison aux sceptiques. Pour comprendre cette question fondamentale, il est nécessaire de comprendre la vision du premier rapporteur spécial.

Celui-ci voyait la responsabilité comme un *continuum* qui commence par la prévention et la minimisation de risque et qui se termine par la « compensation »[778]. Ce *continuum* est compréhensible, les conséquences que Baxter a voulu en tirer beaucoup moins. Selon Baxter :

> « Il n'y a de différence conceptuelle entre les règles de prévention et les règles de réparation que lorsque ces dernières découlent de l'illicéité, c'est-à-dire lorsqu'elles procèdent de règles "secondaires" et non "primaires". D'un point de vue formel, la matière du sujet à l'examen doit être considérée comme une obligation "primaire" complexe qui couvre tout le champ de la prévention, de la limitation et de la réparation du préjudice matériel transfrontière. »[779]

Outre sa difficulté formelle, le contenu de ce propos est difficilement compréhensible. En mettant les obligations de prévention et la réparation sur le même plan, il propose une « obligation "primaire" complexe ». Cependant, il ne répond pas à une question simple : en sachant que les obligations de prévention sont indiscutablement des obligations primaires, comment leur réparation peut-elle être comprise sous l'angle de la responsabilité objective ? La seule issue serait de défendre l'idée que les obligations de prévention ne soient pas des obligations primaires, chose qu'il n'arrive pas à prouver[780]. Cette confusion conceptuelle a été à la base des imprécisions qui ont hanté le travail de la CDI pour des années à venir.

§2 Le deuxième rapporteur spécial

Le deuxième rapporteur spécial, Julio Barboza, est celui qui a travaillé le plus longtemps sur le sujet. Il est aussi le rapporteur dont la conception est la plus proche de ce que nous défendons. Pour connaître sa contribution au sujet, il faut examiner les douze rapports qu'il y a consacrés (A.) ainsi que le rapport du groupe de travail de la CDI en 1996 qu'il a présidé (B.).

---

[777] Voy. une somme des doutes et la position retenue dans le *Quatrième rapport*, Quentin-Baxter (R.), rapporteur spécial, § 10.

[778] Voy. *Quatrième rapport*, Quentin-Baxter (R.), §40-50 ; Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 78.

[779] *Quatrième rapport*, Quentin-Baxter (R.), § 40, p. 222.

[780] Voy. dans ce sens Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, pp. 79-80. Selon Barboza, le premier rapporteur spécial concevait les obligations de prévention comme une obligation « soft ». Nul besoin d'expliquer qu'une telle conception n'est guère compatible avec l'état du droit positif, même à l'époque du premier rapporteur spécial.

A. L'analyse des rapports du rapporteur spécial Barboza

Un sujet qui s'inscrit dans le développement progressif du droit international. La première chose à retenir concernant le deuxième rapporteur spécial est qu'il a compris ce sujet sous l'angle du développement progressif plutôt que sous celui de la codification du droit international[781]. Ce n'est pas dire qu'il n'a pas examiné les sources du droit positif mais il n'a tout simplement pas estimé nécessaire de statuer sur le caractère coutumier du principe, car, de toute façon, il allait proposer des principes au titre du développement progressif du droit international. Dans tous les cas, il pensait que les « traités et d'autres formes de la pratique des États offrent un fondement théorique suffisant au sujet. »[782] De ce fait, il ne s'est pas attardé sur l'existence d'une règle coutumière.

Une position favorable à l'admission généralisée de la responsabilité. Le deuxième rapporteur spécial s'apprêtait à présenter une convention-cadre régissant les activités à risque[783]. L'objectif était celui de proposer un texte général sur la base des points communs entre différents régimes conventionnels prévoyant la responsabilité.

Sur le plan théorique, le rapporteur spécial est d'avis que deux intérêts contradictoires s'opposent en responsabilité objective. Le premier est celui de la souveraineté et de l'indépendance étatiques qui plaident pour la liberté des activités entreprises sur le territoire étatique. Le deuxième est celui des victimes qui subissent les dommages transfrontières sans pour autant avoir un contrôle ou un intérêt quelconque vis-à-vis de l'activité dangereuse. Le rapporteur spécial conclut dans ces termes :

> « Il n'est donc pas possible de fonder une norme juridique sur une réalité internationale qui n'existe pas, car ni l'indépendance absolue ni la souveraineté absolue n'existent. En revanche, l'interdépendance a toujours existé et est sans cesse plus réelle, et c'est sur cette base que le droit international reconnaît la responsabilité pour risque. »[784]

La clé serait alors l'interdépendance internationale.

Pour justifier sa position en faveur de la responsabilité objective, le rapporteur spécial s'appuie, entre autres, sur une longue liste des conventions qui avait consacré le concept à son époque

---

[781] *ACDI*, 1987, doc. A/42/10., vol. II (2, p. 44, § 143.
[782] *Ibid.*
[783] *Sixième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/428, 1990, §§20 et 69.
[784] *Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/402, 1986, p. 162.

(mais qui ne sont pas toutes entrées en vigueur)[785]. En particulier, il mentionne le régime nucléaire qui prévoit une responsabilité subsidiaire de l'État si l'opérateur de l'activité en question n'est pas en mesure de réparer le dommage dans les limites établies par la Convention. Le rapporteur spécial y voit « un argument de poids en faveur de la reconnaissance d'une responsabilité causale de l'État sur le plan international »[786].

Il prend l'exemple de Cowan et de Goldie pour qui un dommage non réparé du fait d'une activité dangereuse équivaut à une expropriation de certains droits[787]. Il est d'accord avec cette position en indiquant que le refus catégorique de la responsabilité objective porte atteinte à l'égalité souveraine des États. Dans ce cas, l'État victime subventionne une activité profitable à l'État d'origine. Pour éviter cette injustice, il faut retenir la responsabilité objective qui revient à « l'internalisation » des coûts des dommages créés par une activité dangereuse (*internalisation of costs*)[788].

Les articles proposés par le deuxième rapporteur spécial ont traduit sa position dans les termes qui suivent :

> « Article 10. — La réparation
>
> À moins d'incompatibilité avec les dispositions des présents articles, le dommage résultant d'une activité comportant un risque ne doit pas être laissé exclusivement à la charge de la victime innocente. En pareil cas, une réparation doit être prévue pour le préjudice appréciable subi, ladite réparation devant être déterminée par voie de négociation entre les parties et conformément aux critères énoncés dans les présents articles. »[789]

---

[785] Voy. *supra* Chapitre 1. Le rapporteur spécial apporte toute une série de conventions pertinentes. Ces conventions ont aussi été reprises par le Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement. Voici la liste de ces conventions :
La Convention de Rome de 1952 relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers ; les conventions relatives à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires : Convention de Paris de 1960 et son protocole additionnel de 1964, Convention de Bruxelles de 1963 complémentaire à la Convention de Paris de 1960, Convention de Vienne de 1963 ; la Convention de Bruxelles de 1962 relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires ; la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures ; la Convention de Londres de 1976 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.
Sixième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/428, 1990, p. 90.
[786] *Ibid.*, p. 90, §6.
[787] Goldie (L. F. E.), « Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk », *NYIL*, 1985, vol. 16, p. 185. Cité par Barboza, *Ibid.*
[788] *Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), p. 162.
[789] *Quatrième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/413, 1988, p. 256.

Cette position de principe est aussi visible dans l'ouvrage qu'il a consacré au sujet après l'adoption des principes de la CDI. Dans un passage de cet ouvrage, il s'est même exprimé en faveur de l'existence d'une règle de droit positif :

> « Il ne serait donc pas théoriquement obtus de prévoir en même temps le caractère obligatoire de prévention contre un risque et l'impunité causée par l'effet du risque ? Particulièrement quand ce comportement a violé l'égalité souveraine entre les États en permettant la violation de l'intégrité territoriale de l'État porteur du risque ? Ces deux principes sont des principes bien établis du droit international, desquels [l'on peut] déduire le principe de *liability*. *C'est pourquoi nous pensons que la sine delicto liability est en réalité non pas un principe émergent du droit international, mais un principe effectif qui n'est pas appliqué.* » [790]

Cependant, il faut rappeler que dans ses derniers rapports, il a imposé la charge de cette responsabilité non pas à l'État, mais au seul opérateur de l'activité dangereuse[791].

Une réparation pas toujours intégrale. En ce qui concerne la réparation, le rapporteur spécial est d'avis qu'on ne peut pas exiger le principe de *restitutio in integrum* pourtant essentielle dans la responsabilité classique. Dans ce sens, il est du même avis que le premier rapporteur spécial[792]. En ce qui concerne la responsabilité objective, le rapporteur spécial est d'avis qu'il s'agit d'une « réparation de coûts » plutôt que de la *restitutio in integrum*.[793] Il peut en être déduit que l'absence de l'illicite n'exempte pas l'État de toute obligation de réparation, mais elle aura une incidence sur le montant de réparation.

Pour justifier sa position, le rapporteur spécial se base notamment sur les conventions prévoyant la responsabilité civile qui ont, pour la plupart, prévu une responsabilité plafonnée. Dans ces droits conventionnels, la responsabilité objective est souvent connue comme étant « canalisée, garantie et plafonnée »[794]. La position du rapporteur spécial est donc bien conforme à l'esprit des conventions de responsabilité civile en la matière. Il faut ajouter à son raisonnement que la pratique étatique relative à la responsabilité objective confirme ce postulat. Elle montre en effet

---

[790] Italiques et soulignement ajoutés. La traduction vient de nous. Voici le texte original :
« *Was not, then, conceptually obtuse to set at the same time the compulsory nature of prevention against the risk created and the impunity of the damage caused by effect of the risk? Particularly when that attitude violated both the sovereign equality of Stated by giving the state of origin an unjustified advantage and permitting the violation of the risk-bearer State's territorial integrity? Those two are well established principles of international law, from which to deduct the principle of liability. That is why we believe that* sine delicto *liability is in reality not an emergent principle of international law, but an actual principle which is not applied*. »
Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, pp. 79-80.

[791] Voyez *infra* « D'un régime purement public à un régime hybride ».

[792] *Douzième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international,* Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/475, 1996, p. 33, § 29

[793] *Cinquième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/423, 1989, p. 153, §§ 45-46.

[794] Voy. *infra* la Deuxième Partie sur les régimes de la responsabilité objective.

que même si les États ont souvent tenu à réagir face aux dommages produits par les activités dangereuses, les mesures prises n'ont souvent pas répondu au montant réel des dommages subis[795]. Reste à savoir, s'il s'agit là d'une pratique étatique qui fait une règle coutumière ou, au contraire, une violation du droit des victimes à la réparation, qui doit donc être écartée[796].

D'un régime purement public à un régime hybride. Jusqu'à son sixième rapport, Barboza avait conçu ses travaux uniquement autour de la responsabilité étatique. À partir de ce rapport, il ajoute aussi un volet de responsabilité civile à son travail. Dans son sixième rapport, Barboza mentionne deux raisons qui militent pour maintenir une responsabilité véritablement étatique : la première est que les victimes privées n'ont pas toujours accès aux tribunaux de l'État d'origine et qu'un recours privé ne leur permet pas toujours d'obtenir une réparation adéquate. La deuxième raison est qu'en prévoyant une responsabilité uniquement privée, l'on perd un levier important pour inciter l'État à prendre des mesures nécessaires pour éviter les dommages transfrontières[797].

En revanche, il est d'avis que rien n'empêche de prévoir aussi un régime privé. Cette approche a été justifiée par la tendance existante dans différents régimes conventionnels qui prévoyaient, en premier lieu, la responsabilité civile de l'entité responsable. Cela n'empêche que certains de ces mêmes régimes prévoient aussi la responsabilité subsidiaire de l'État[798]. Cependant, la conception même du régime était celle d'un régime privé.

Barboza explique qu'au sein même de la CDI, certains craignaient que la responsabilité telle que proposée par le rapporteur spécial ne finisse par devenir une responsabilité absolue et systématique de l'État. Les États seraient sans doute opposés à un tel texte qui retiendrait leur responsabilité, pas seulement objective, mais aussi automatique du fait des activités privées sur leur territoire[799].

En réponse à cette crainte, dans un premier temps, il a proposé la primauté de la responsabilité civile. Si ce n'est pas l'État, mais une entité privée qui a causé le dommage, la responsabilité de l'État serait limitée. L'État ne serait donc responsable que pour compléter la responsabilité

---

[795] Voy. *supra* Chapitre 2 sur la pratique étatique.
[796] *Ibid*.
[797] *Sixième rapport*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/428, 1990, p. 104, § 62.
[798] Voy. *infra* Chapitre 6, le régime nucléaire. Barboza était d'ailleurs d'avis que cette responsabilité dite subsidiaire n'était pas seulement une sorte de garantie étatique. Il s'agissait plutôt de la preuve d'une part de responsabilité de l'État lui-même. Voy. Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, pp. 41-42.
[799] *ACDI*, vol. II (2e partie), doc. A/42/10, 1987, p. 43, §§ 138-139.

civile ou substituer les parties civiles si elles ne pouvaient pas être identifiées ou retrouvées[800]. Cependant, au fur et à mesure de ses travaux, il s'est de plus en plus attaché à un régime de la responsabilité civile.

À partir de son dixième rapport, la responsabilité étatique est limitée à la seule diligence due et la charge de la responsabilité objective pèse sur l'opérateur privé[801]. Le deuxième rapporteur spécial avait démontré à multiples reprises qu'il était convaincu par une responsabilité pour risque. Au fur et à mesure de ces travaux, il s'est aperçu de la réticence qu'il y avait, chez certains États, à toute forme de responsabilité objective étatique. Pour contourner ce problème, il a décidé de déplacer le curseur de la responsabilité vers l'opérateur privé. Bien entendu, la tendance à l'adoption des régimes privés allait dans le sens de cette même conclusion.

L'approche du rapporteur spécial est compréhensible, il s'agit d'une solution de compromis. Cette approche permet, au moins, de retenir le principe même d'une responsabilité pour risque. Même si cette dernière est de nature privée, elle contribue quand même à l'admission du risque comme fondement de responsabilité. Cependant, cette approche pose un très sérieux problème de fond. En adoptant cette approche, on sort du domaine de la responsabilité objective à strictement parler (approche reprise dans les principes de 2006). Il s'agit là d'une question de méthode, de délimitation du sujet. En adoptant cette approche, les deux derniers rapporteurs spéciaux ne font qu'ajouter un volume (de trop ?) à la longue liste des obligations primaires étatiques. Pour simplifier, l'État doit prévoir une responsabilité privée interne pour les opérateurs des activités dangereuses agissant sous sa juridiction. Or, la violation de cette obligation primaire résulte dans une responsabilité pour fait illicite, et donc classique

Conclusion quant à la valeur coutumière du principe. Il a déjà été mentionné que le rapporteur spécial avait plutôt conçu le sujet dans le cadre du développement progressif du droit international. Cela n'empêche pas qu'il s'est montré plutôt optimiste à l'existence d'une règle coutumière sans pour autant statuer définitivement.

En effet, à la suite de la demande du rapporteur spécial, le Secrétariat des Nations Unies avait entrepris des recherches sur la réception de la responsabilité objective en droit international. Le Secrétariat a ensuite complété cette recherche en 1995 avec une étude plus conséquente. Dans ce premier rapport de 1985, l'Étude avait trouvé des précédents qui militent en faveur de

---

[800] *Septième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/437, 1991, p. 88, §§ 50-55.

[801] Voy. *Dixième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/459, 1994, extrait de l'*ACDI*, p. 144, Article 21, Variante A.

l'admission de la responsabilité objective[802]. En revanche, elle n'a pas pu constater une règle clairement établie en droit positif. Dans la conclusion de ce travail, il était mentionné :

> « Même si certaines de ces politiques n'ont pas été énoncées de façon explicite lors des événements considérés ou même si elles ont été tenues à dessein dans le vague, *un comportement qui se perpétue peut déboucher sur la création d'une norme coutumière*. *Que les normes examinées ici soient ou non considérées comme faisant partie du droit coutumier, elles mettent en évidence une tendance des anticipations* et peuvent contribuer à préciser les politiques suivies en ce qui concerne certains principes détaillés applicables en matière de responsabilité internationale. »[803]

Barboza fait mention de ce rapport pour statuer sur l'existence d'une règle coutumière. Il a adopté la même approche en acceptant que les pratiques étatiques ne permettent pas d'affirmer avec certitude une règle coutumière. Cependant, il accepte l'existence d'*une tendance* à la reconnaissance de telles règles[804].

Après avoir examiné les points saillants des rapports du rapporteur spécial, il faut à présent examiner les apports du dernier groupe de travail qu'il a présidé.

B. L'analyse des travaux du groupe de travail de 1996

La confirmation du principe de réparation. Le groupe de travail s'est penché sur une multitude de questions techniques qu'il n'est pas nécessaire d'examiner à ce stade. Cependant, il faut rappeler le cœur du sujet : le principe de réparation. À ce propos, le groupe s'est basé sur les principes 22 de la déclaration de Stockholm et le principe 13 de la déclaration de Rio concernant la nécessité de la réparation des dommages environnementaux. Il développe le même principe pour l'ensemble des dommages transfrontières. Il rappelle la nécessité d'éviter une situation où les victimes innocentes seraient dépourvues de toute indemnisation[805]. Il pose donc, dans son article 5, le principe suivant :

> « Article 5. — Responsabilité
>
> Conformément aux présents articles, 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. »

---

[802] *Étude de la pratique des États concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit internationa*l, étude établie par le Secrétariat, doc. A/CN.4/384, 1985, §§413-438.

[803] *Ibid.*, §10. Italiques ajoutés.

[804] *Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), p. 163, § 156.

[805] *Rapport du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, reproduit dans l'*ACDI*, 1996, vol. II (2, doc. A/CN.4/L.533 and Add.1., p. 108.

Pourtant, ce principe reste assez vague en ce qu'il ne donne pas davantage d'informations sur la mise en place de la responsabilité.

Selon le rapporteur spécial Barboza (alors président du groupe de travail), il s'agissait d'une solution, certes pas idéale, mais consistant à faire avancer les travaux dans le bon sens. Le groupe semble ne pas vouloir aller dans les détails et au contraire veut juste poser les bases. Cela dit, les articles proposés ne statuent pas sur les questions plus polémiques à savoir, le choix de la personne responsable ainsi que la forme ou l'étendue de la réparation.

Sans décider d'une solution quelconque, les commentaires laissent la porte ouverte à deux voies possibles : la négociation interétatique ou le recours privé devant les tribunaux de l'État d'origine[806]. Il semble que le choix de ce dernier (l'État d'origine plutôt que celui des victimes) ait été fait dans l'intérêt des victimes[807]. En sachant que les dommages en question proviennent souvent des activités industrielles et technologiques, l'on présuppose que l'État d'origine est souvent un État plus développé avec un régime de responsabilité plus protecteur des victimes. Or les limites d'une telle présupposition sont faciles à appréhender. En effet, ce scénario est souvent valable, mais pas toujours. Les dommages peuvent très bien provenir d'un État moins industrialisé et qui n'offre que des moyens de réparation assez limités. Dans ce dernier cas, il va falloir trouver une solution équitable, soit un contentieux interétatique (très probablement arbitral), soit le choix du tribunal par les victimes (l'État d'origine ou celui où s'est produit l'accident)[808].

La double possibilité de recours. Le texte du projet d'articles est composé de trois chapitres. Un premier, général, délimite le sujet et donne le cadre du travail effectué. Le deuxième, porte sur les obligations de prévention et le troisième sur l'aspect de la responsabilité du sujet. Ce qui nous intéresse à ce stade se trouve dans le chapitre III des articles.

Même si les articles en question (les articles 20-22) restent assez généraux et peu précis, ils prévoient deux principes quant à l'application de la responsabilité. Plutôt que de prévoir expressément une voie de recours interne, l'article 20 mentionne le principe de non-discrimination. Selon cet article, l'État d'origine n'opère pas de discrimination en ce qui concerne l'accès des victimes étrangères à son système juridique. Le Groupe de travail se base sur une multitude d'instruments régionaux qui ont prévu la même solution, à savoir la non-

[806] *Ibid.*, p. 122, §7.
[807] Voy. Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, p. 11.
[808] Il est à préciser que le groupe de travail n'avait pas exclu le choix de l'État victime, mais a restreint ce choix aux seuls cas où le droit international privé le prévoit expressément. Voy. le Rapport de 1996, p. 140, §1.

discrimination dans l'accès aux tribunaux de l'État d'origine[809]. Il est intéressant de noter que l'ensemble de ces instruments sont des modèles européens et s'appliquent donc entre des États ayant des niveaux de protection à la fois assez proches et assez élevés. Il n'est donc pas certain que cette solution soit la plus appropriée sur le plan international.

Ce qui est plus intéressant encore, c'est que ces articles prévoient la possibilité des négociations interétatiques pour déterminer la « nature et ampleur de l'indemnisation ou autre réparation ». Ici aussi, la précision de ces procédures laisse à désirer. Il n'est pas clair s'il s'agit d'une procédure judiciaire ou bien d'une simple négociation diplomatique.

Malgré ces critiques, ces articles doivent être salués en ce qu'ils ont prévu une véritable voie d'action publique, interétatique. Qui plus est, l'article 22 donne des facteurs à prendre en considération dans les consultations[810]. Il est à regretter que les travaux finalement adoptés par la Commission n'aient pas développé le scénario du recours/négociation interétatique.

Quoi qu'il en soit, le Groupe de travail n'a pas privilégié l'une quelconque de ces procédures. Il a rappelé pourtant que l'accès au droit de l'État d'origine peut se révéler cher et peu pratique dans certains cas. Cela dit, il a conclu à la nécessité de garder une voie interétatique.

En ce qui concerne les travaux de 1996, il faut savoir que Barboza, lui-même, les qualifie d'un pas en arrière[811]. Il rappelle qu'au moment de la rédaction de ces articles, la CDI était submergée par la finalisation de deux autres projets[812] (plus importants à ses yeux ?) et qu'elle n'a jamais examiné en détail les deux derniers rapports du rapporteur spécial. Il faut lui donner raison. Même si, lui aussi, avait « cédé » face à la tentation privatiste, il était au moins pour le principe même d'une réparation et la possibilité d'une action interétatique.

---

[809] Voy. le Rapport du 1996, p. 141 ; Barboza (J.), *The Environment, risk and liability, op. cit*, p.115. Il s'agit des trois instruments portés sur la protection de l'environnement. Le premier, dans le cadre de l'OCDE, entre 4 pays nordiques et le dernier dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe des Nations unies.

[810] L'on y trouve, entre autres, le respect des obligations de diligence par l'État d'origine, les normes de protection régionales et l'intérêt que tire l'État d'origine du maintien de l'activité en question.

[811] Barboza (J.), *The Environment, risk and liability, op. cit*, p. 118.

[812] Il s'agissait, d'une part, de la finalisation des travaux sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et, d'autre part, la première lecture de la responsabilité classique.

§3 Le troisième rapporteur spécial

Il a déjà été rappelé que les travaux de la CDI sur le sujet ne se limitent pas aux seuls rapports des rapporteurs spéciaux. Il existe aussi des travaux de différents groupes de travail et les différentes études du Secrétariat des Nations Unies. Néanmoins, il n'est pas nécessaire d'attribuer une section séparée à chacun de ces travaux. Le mandat des rapporteurs spéciaux peut servir de fil rouge afin de regrouper l'ensemble des travaux qui ont été rédigés pendant les années de ce mandat. De ce fait, l'ensemble des travaux de la CDI après le départ de Barboza seront examinés dans cette section. Il s'agit des travaux des trois groupes de travail (§1.) ainsi que des rapports du dernier rapporteur spécial (§2.).

A. Les trois groupes de travail

Le groupe de travail de 1997 et le départ de Barboza. Après le départ de Barboza, trois groupes de travail ont été mis en place, en 1997, 2002 et 2004, qu'il convient d'examiner successivement. C'est à partir de 1997 que le rapporteur spécial Barboza se sépare des travaux de la Commission. Le groupe de travail de 1997 a donc été présidé par C. Yamada et dès 1998, le dernier rapporteur spécial (Rao) prend en charge les travaux de la Commission.

Un sérieux doute sur le maintien du sujet à l'ordre du jour. Même si nous n'avons connaissance d'aucune contestation quant au volet prévention du sujet, celui de responsabilité (*liability*) a failli être abandonné en 1997. Dans son rapport sur les travaux de sa 59e session, la CDI rappelle des doutes au sein du Groupe de travail sur la précision de la portée et la teneur du sujet[813]. Le rapporteur spécial Barboza aussi rappelle une note informelle du Professeur A. Pellet (le 11 juin 1997) dans laquelle il attaque sévèrement les principes sur le volet responsabilité en les qualifiant de « *vague, hazy and highly debatable* »[814].

Selon Barboza, le fond du problème était la délimitation du sujet et son rapport avec la responsabilité classique. Il rappelle que dès le départ, il y avait deux visions au sein de la Commission. Selon la première, la responsabilité sans fait illicite n'avait pas d'existence propre et devait être incluse dans les travaux sur la responsabilité classique. Selon la deuxième, au

[813] Selon le rapport : « Il [le Groupe de travail] a noté 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" ».
Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session (12 mai - 18 juillet 1997), Extrait de l'*ACDI*, 1997, vol. II (2e partie), Doc. A/52/10, §165.
[814] Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit*, p. 125.

contraire, les deux sujets étaient bien distincts[815]. Au bout du compte, le Groupe de travail a privilégié la deuxième vision[816].

La distinction entre la prévention et la réparation. Même s'il n'a pas écarté la responsabilité objective, le groupe de travail a insisté sur la distinction entre deux composantes du travail de la Commission jusqu'à 1997. Jusqu'à cette date, les rapporteurs spéciaux avaient examiné à la fois les questions de prévention et de responsabilité liées aux dommages transfrontières. Désormais, le groupe de travail considère que la prévention et la responsabilité objective (*liability*) sont deux sujets liés entre eux, mais bien distincts[817]. En rappelant les doutes qui entourent le volet responsabilité, le Groupe propose que les questions de la prévention et de la responsabilité soient examinées séparément. Il constate que les travaux de la Commission sur la prévention ont déjà beaucoup avancé et propose d'en finir avec ce volet avant d'examiner la responsabilité[818].

Le Groupe de travail de 2002. Il s'agit d'un Groupe qui intervient immédiatement après l'adoption des articles sur la prévention. Le Groupe confirme ce qui a déjà été dit sur ces derniers. Il s'agit des obligations primaires dont la violation donne suite à une responsabilité classique[819]. En revanche, le Groupe reconnaît la nécessité d'une responsabilité sans fait illicite, malgré les obligations de prévention. Deux exemples sont donnés qui donnent matière à réflexion. Le premier concerne un cas où l'État en question a pris des mesures de prévention, mais où ces dernières se sont révélées inefficaces. En sachant que les obligations de prévention sont des obligations de moyens, l'État en question n'est pas en violation du droit international. Pourtant, selon le Groupe de travail, il peut toujours être tenu pour responsable (*liability* en anglais)[820]. Le deuxième concerne les cas où, au moment des faits, le risque de l'activité en question n'est pas perçu en tant que tel[821]. Dans ce cas aussi, la responsabilité n'est pas exclue.

---

[815] Pour davantage de détails voy. *ibid.*, pp. 125-127.

[816] *Rapport du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, doc. A/CN.4/L.536, 17 juin 1997, p. 2, §5.

[817] *Ibid.*, p. 2, §3.

[818] *Ibid*.

[819] *Rapport du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, doc. A/CN.4/L.627, 2 août 2002, pp. 1-2, §2.

[820] *Ibid.*, p.2, §4 :

4. Dans le cas où le dommage se produit alors que l'État a accompli ses obligations, la responsabilité internationale de celui-ci est engagée.

[821] *Ibid.*, p. 2, § 3. Il ne faut pas oublier que les obligations de préventions sont des obligations de moyen et non pas de résultat.

Au contraire, selon le Groupe, il ne faut pas laisser la victime innocente supporter seule la charge de la perte[822].

Le choix de la personne responsable. Cette position favorable est accompagnée d'une précision. Selon ce Groupe aussi, la responsabilité revient premièrement à l'exploitant (et non pas à l'État d'origine). Or, et c'est très important, lorsque l'État est lui-même l'exploitant, il est tenu par une obligation de réparation[823]. Cette responsabilité est pourtant, nonobstant le caractère public ou privé de l'exploitant, fonction de plusieurs facteurs, notamment le respect des obligations de prévention[824].

Le Groupe de travail de 2004. Il a tenu six séances, le 4 juin et les 6, 7 et 8 juillet 2004. Il a décidé d'écarter les dommages causés à l'indivis mondial du champ d'application de son étude[825]. Ces dommages présentent des spécificités qui exigent une recherche à part entière. Le Groupe a aussi examiné les projets de principes proposés par le Rapporteur spécial qui reprenaient, essentiellement, la même vision que les travaux finalement adoptés.

B. Les rapports du dernier rapporteur spécial

L'existence d'un principe de réparation. Il est inutile de revenir sur les détails du régime de la responsabilité, comme prévu dans les rapports du dernier rapporteur spécial. Le régime de la responsabilité sera examiné au moment de l'analyse des principes finalement adoptés. Il est pourtant intéressant de revenir sur le cœur du sujet à savoir la réception même de la responsabilité dans le droit non-conventionnel. Dans la continuité des travaux précédents de la CDI, le dernier rapporteur spécial admet le principe même de la réparation. Cependant, il adopte une position assez conservatrice quand il s'agit des modalités de cette responsabilité. Sa position se caractérise par un refus catégorique de la responsabilité étatique et l'admission d'une responsabilité uniquement privée.

Une règle coutumière pour la responsabilité civile. Le troisième rapporteur spécial est arrivé à deux conclusions radicalement opposées quant à l'existence d'une règle coutumière. En ce qui concerne la responsabilité civile, il se montre optimiste quant à l'existence d'une règle de droit positif. Au contraire, pour la responsabilité étatique, il ne voit aucune possibilité de la retenir en fonction des sources de droit existant. Dès son deuxième rapport, il adopte une position favorable à la responsabilité civile :

---

[822] *Ibid.*, p.3, §9.
[823] *Ibid.*, p.5, §14.
[824] Voy. *ibid.*, p.4, §10.
[825] Cette décision a été maintenue dans les Principes de 2006. Voy. les Commentaires de 2006, p. 70, §14.

> « La responsabilité objective est reconnue dans de nombreux pays où la responsabilité est attribuée à l'exploitant pour les activités comportant un danger ou un risque inhérent. *On peut sans doute affirmer que c'est là un principe général de droit international*, ou tout au moins une marque de développement progressif du droit international. »[826]

Dans un autre passage de son troisième rapport, il adopte une position favorable à l'admission d'une règle coutumière. Selon lui, il existe de forts arguments en faveur de l'existence d'une règle coutumière, prévoyant la responsabilité de l'exploitant d'une activité dangereuse[827].

Quoi qu'il en soit, règle positive ou développement progressif, il prescrit l'admission d'une responsabilité objective en droit international privé[828]. Le rapporteur spécial tire cette conclusion notamment des conventions du droit international privé prévoyant la responsabilité civile[829]. Comme leur nom l'indique, ces conventions ne prévoient qu'une responsabilité civile. Cela dit, même s'il s'agissait d'une personne publique, la personne responsable sera traitée comme un opérateur privé.

L'absence d'une responsabilité étatique. Au contraire du régime privé, le rapporteur spécial s'est montré particulièrement hostile à l'idée d'une responsabilité étatique. Sa conclusion ne laisse pas de doute à ce propos :

> « *La responsabilité des États pour les dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses ou extrêmement dangereuses ne semble recueillir aucun appui, même au titre du développement progressif du droit.* Toutefois, il est nettement reconnu comme principe général du droit international que l'État doit s'acquitter de l'obligation de diligence raisonnable tant au stade de l'autorisation des activités dangereuses »[830]

Malheureusement, le rapporteur spécial n'explique pas précisément ce qu'il veut dire par la responsabilité étatique. Certains passages de ses rapports[831] semblent indiquer qu'il s'agit de la responsabilité de l'État, non pas pour ses propres activités, mais pour les activités des entités privées sur son territoire. Si l'on accepte cette interprétation, qui est soutenue par certaines positions étatiques[832], la position que nous défendons se rapproche davantage de la position du rapporteur spécial. En effet, nous n'allons pas jusqu'à affirmer une responsabilité automatique de l'État pour toute activité dangereuse sur son territoire. De ce fait, la seule différence majeure entre le rapporteur spécial et la présente étude serait celle de l'application et des mécanismes de mise en place de responsabilité. Autrement dit, la question serait celle de savoir s'il faut

---

[826] Italiques ajoutés. *Deuxième rapport sur le régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses*, Rao (P. S.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/540, 2004, p. 82.
[827] *Troisième rapport*, Rao (P. S.), pp. 20-21, § 27.
[828] Voy. dans ce sens le Principe 4 des Principes de 2006, notamment les deux premiers paragraphes.
[829] *Deuxième rapport*, Rao (P. S.), p. 72, § 25.
[830] Italiques ajoutés. *Ibid.*, p. 24, § 31.
[831] *Ibid.*, p. 72, § 25.
[832] *Ibid.*

retenir les mécanismes du droit international public[833] ou privé[834] pour retenir la responsabilité de l'État. Bien entendu, cette distinction n'est pas des moindres et aura une conséquence directe sur le régime de la responsabilité.

Dans une deuxième interprétation possible, la position du rapporteur spécial sera à l'opposé de ce que nous défendons dans cette étude. Si le refus de la responsabilité étatique voulait dire une l'impunité de l'État qui a causé un dommage significatif, même dans l'exercice de ses fonctions souveraines, sa position s'écartera radicalement de ce qui est défendu dans notre recherche[835].

Le rapporteur spécial assied son argumentation sur l'analyse du droit positif. Selon lui, la jurisprudence ne milite pas vraiment pour l'admission d'une responsabilité étatique[836]. Il ajoute aussi qu'un bon nombre de conventions ayant prévu la responsabilité objective ne sont jamais entrées en vigueur[837].

---

[833] Il s'agit des mécanismes tels que ceux prévus dans la Convention de responsabilité spatiale, 1972.

[834] Il s'agirait alors d'un modèle sur la base des conventions de responsabilité civile, telle que celle sur la responsabilité nucléaire.

[835] En réalité, il ne semble pas que le rapporteur spécial ait défendu une immunité totale de l'État. Au contraire, dans plusieurs passages de ses rapports, il envisage le scénario où l'État serait, lui-même, l'opérateur de l'activité dangereuse.

[836] *Premier rapport sur le régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses*, Rao (P. S.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/540, 2003, p. 78, §3.

[837] *Ibid*, §2-3.

Conclusion de la Section 1

Des confusions conceptuelles. Pendant le mandat du premier rapporteur spécial, le travail de la Commission est toujours resté à un niveau embryonnaire. L'objectif premier était alors de définir le cadre du travail et sa place par rapport à la responsabilité objective. C'est là justement la critique la plus importante au travail de Quentin-Baxter car il a conduit à une confusion importante entre la responsabilité objective et les obligations de prévention. La confusion ne se limite d'ailleurs pas à ce seul sujet. Son *continum* de responsabilité et la notion des anticipations communes sont autant de concepts difficiles à comprendre. En contrepartie, son travail avait le mérite de se concentrer sur l'aspect véritablement public de la responsabilité.

L'intérêt des victimes. Le deuxième rapporteur spécial, J. Barboza, est le rapporteur qui a travaillé le plus longtemps sur le sujet. Sa position est d'autant plus intéressante qu'il met l'accent sur l'intérêt des victimes et un certain engagement de l'État. Son approche générale a été maintenue dans le sujet (responsabilité directe de l'exploitant, celle indirecte de l'État pour diligence due). En revanche, à la lecture de ses travaux, il semble même qu'il penchait pour une responsabilité pour risque de l'État, mais qu'il n'a pas pu convaincre la Commission de franchir le pas. Quoi qu'il en soit, sa vision est favorable à une responsabilité pour risque et il est certainement le rapporteur dont la position se rapproche le plus de celle défendue dans la présente recherche[838].

Barboza est aussi le seul rapporteur à avoir explicitement relevé les difficultés du travail de la Commission, *a posteriori* et en détail. Son ouvrage *The environnement, risk and liability* est à cet égard particulièrement intéressant. Il y explique que, généralement, les États industrialisés et socialistes étaient contre la codification du sujet[839]. Au contraire, les États en voie de développement y étaient très largement et très fortement favorables[840]. Plus intéressant encore, le rapporteur révèle que malgré les apparences, la position des membres de la Commission du droit international a été aussi largement inspirée par celle de leur État d'origine (développé/socialiste ou pas)[841].

---

[838] Voy en particulier Barboza (J.), *The Environment, risk and liability, op. cit*, pp. 112-118, p. 80 ; Rapport du Groupe de travail 1996, l'article 5 et ses commentaires notamment §2, p. 121.

[839] Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit*, pp. 116-117. La référence aux États socialistes, en général, pourrait être trompeuse. Ces États étaient largement alignés sur les positions soviétiques et cette dernière était à l'époque au sommet de sa concurrence technologique (notamment nucléaire et spatiale) avec les États-Unis. Cela dit, sa réticence vis-à-vis la responsabilité objective n'est pas étonnante. Voy. par exemple *supra*, Chapitre 2 l'accident Cosmos.

[840] C'est peut-être pour l'importance numérique de ces États que l'Assemblée générale et sa sixième commission n'ont jamais décidé d'abandonner le sujet. Le simple maintien du sujet, malgré de très fortes oppositions, est significatif.

[841] Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit*, p. 117.

Le choix de la souplesse. Le dernier rapporteur spécial est arrivé à un moment où régnait un sentiment général de lassitude à l'égard de ce sujet. Beaucoup estimaient qu'il s'agissait en réalité d'un non-sujet. Le rapporteur avait donc pour tâche de mener à bien une mission presque impossible. En réponse à cette difficulté, il a opté pour la fluidité et la flexibilité. Il a envisagé son travail comme une première étape, laissant aux États la possibilité d'aller plus loin s'ils le souhaitaient. Son approche, bien que compréhensible, n'a pas permis de surmonter toutes les difficultés inhérentes à ce sujet. La nature même de cette question, touchant aux fondements du droit international, n'était pas forcément compatible avec la recherche de souplesse de la part du rapporteur spécial.

Section 2 : Les Principes de 2006

Une présentation synthétique et ciblée. Les Principes adoptés par la CDI ont constitué une avancée majeure dans le droit de la responsabilité objective. L'analyse de ces Principes relève donc d'une grande importance. Dans le même temps, il est essentiel de ne pas perdre de vue l'objectif du présent Chapitre. Nous avons évoqué à plusieurs reprises que notre recherche ne se veut pas un simple commentaire des Principes de 2006. Un tel travail aurait été assez descriptif et en partie répétitif. L'objectif est donc de tirer les conclusions nécessaires pour chaque chapitre de notre recherche.

En l'espèce, les Principes de 2006 incluent un nombre assez important de propositions sur la place et le régime de la responsabilité objective. Il est vrai qu'une séparation stricte entre les deux sujets, la place et le régime, n'est ni possible ni souhaitable. La place de la responsabilité objective dépend de certains éléments liés à son régime et vice versa. Cela étant, il n'est pas possible d'examiner les Principes finalement adoptés en faisant totalement abstraction du régime de la responsabilité. En revanche, ne seront rapportés que les éléments essentiels du régime, de manière succincte. Quand des développements sont nécessaires, ils seront faits sous les chapitres pertinents dans la Deuxième Partie.

Au regard de cette délimitation, il convient de présenter les points saillants des Principes de 2006. Pour ce faire, nous nous intéresserons au commentaire général et le Préambule (§1) avant d'examiner les 8 Principes adoptés par la CDI (§2).

§1 Le Commentaire général et le Préambule

Le commentaire général : un régime général, complémentaire et flexible. Consciente des difficultés à imposer un texte rigide et obligatoire[842], la CDI s'est penchée vers un régime général, complémentaire et flexible[843]. Cependant, la CDI n'explique pas précisément ce qu'elle entend par chacune de ces notions. En toute logique, la généralité et la complémentarité trouvent leur sens par rapport aux accords spécifiques. Cette spécificité peut concerner à la fois le champ d'application matériel et spatial de ces accords. En effet, la Commission encourage de tels accords[844]. Par conséquent, elle se contente de donner le cadre général du régime de la responsabilité. À aucun moment, elle n'a statué définitivement sur les détails des régimes. Si

[842] Les Commentaires de 2006, p. 62, §§ 10-12.
[843] *Ibid.*, p. 61, § 7.
[844] *Ibid.*, p. 61, § 4.

l'on prend l'exemple des fonds de réparation, elle se contente de recommander la mise en place de ces fonds. Elle rappelle aussi que dans les régimes conventionnels, il existe plusieurs niveaux de protection avec un fonds correspondant. En revanche, la CDI ne va pas décider le nombre de fonds de réparation, les détails de leur financement ou le montant maximal de la réparation. Ces détails seront décidés dans les accords spécifiques en fonction des particularités de chaque domaine d'application[845].

Des principes de droit mou. Étant donné leur caractère général et subsidiaire, les Principes revêtent aussi un caractère non contraignant[846]. Il s'agit donc des principes de droit mou. En réalité, quant à la forme des travaux, plusieurs pistes avaient été proposées à savoir retenir une convention, un projet d'articles, des recommandations ou même un protocole à une convention sur la prévention (au cas où l'on adopte une convention sur les articles de 2001)[847]. Dès le départ, le dernier rapporteur spécial avait exprimé une préférence pour une approche souple afin d'« accorder aux États la latitude voulue pour mettre au point des régimes de responsabilité adaptés à leurs besoins particuliers »[848]. L'objectif était de présenter un travail à la fois général et résiduel[849]. Selon le rapporteur spécial, un volet important des travaux adoptés concerne des règles de droit international privé et du droit interne. L'harmonisation de ces règles est donc par nature évolutive et risque d'être différente dans les régimes de *common law* et du droit civiliste. Par conséquent, il serait erroné de prendre des positions arrêtées sur le régime de la responsabilité en général[850]. Le mieux serait de présenter un cadre général avec quelques commentaires sur les choix qui s'offrent aux États. Il leur reviendra ensuite d'harmoniser les règles applicables dans des cadres plus spécifiques[851]. Par conséquent, chose rare dans les travaux de la CDI, la Commission s'est décidée à présenter ses principes sous forme de droit mou. En effet, il s'agit des principes non contraignants qui se veulent à la fois généraux et résiduels[852].

Un choix critiquable. A. Boyle critique le choix d'un document de droit mou. Selon lui, il existe vraisemblablement, suffisamment de sources pour proposer une forme plus

---

[845] Voy. le Principe 4§§2-5 et les commentaires y relatifs.
[846] *Ibid.*, p. 62, § 11.
[847] *Deuxième rapport*, Rao (P. S.), pp. 74-75, §§ 33-36 ; p. 78.
[848] *Premier rapport*, Rao (P. S.), p. 107, § 152. Voir aussi les Commentaires de 2006, p. 62, § 12.
[849] Voir *Deuxième rapport*, Rao (P. S.), p. 75, §36-a.
[850] Voir *Troisième rapport*, Rao (P. S.), pp. 29-30, §§ 41-44.
[851] *Deuxième rapport*, Rao (P. S.), pp. 78-79. Voy. aussi *Troisième rapport*, Rao (P.S.), pp. 15-17 §§ 19-23.
[852] Les Commentaires de 2006, p. 62, § 11.

contraignante[853]. À cette fin, il fait référence à une multitude de sources[854] : le Principe 10 de la Déclaration de Rio, l'article 235 (2) de la CNUDM et l'article 2 (1) des articles 1996 d'ILA *(ILA Helsinki Articles*). Il en déduit, qu'au moins, le principe directeur de la CDI (le Principe 3 sur la réparation) trouve un soutien suffisant pour en faire un principe plus « dur ».

Le rapporteur spécial Barboza est du même avis. Après la fin de son mandat, il avait plaidé pour une forme plus « dure » de principes. Selon lui, le format adéquat aurait été une « déclaration générale normative » de l'Assemblée générale et non pas une convention (au même titre que les Articles de 2001 sur la responsabilité classique). Il affirme que de tels principes auraient pu servir de point de départ d'un « développement coutumier »[855]. Après l'adoption des travaux sous forme de *soft law*, il a mis en garde contre les risques de l'affaiblissement des Principes ainsi qu'un retour en arrière vis-vis du droit existant[856].

Ces critiques ne peuvent qu'être appuyées. Comment peut-on travailler pendant plus de deux décennies sur une forme de responsabilité et ne pas pouvoir dire s'il existe une obligation de réparation pour les activités couvertes par cette responsabilité ? C'est quand même le minimum qu'on aurait pu attendre de la CDI qui avait justifié son choix (le caractère non contraignant) par le caractère général et subsidiaire des Principes[857]. Le dernier rapporteur spécial évoque aussi la difficulté d'imposer un régime unique à l'ensemble des droits internes dans lesquels il devra être transposé[858]. Or, ces arguments ne sont pas convaincants pour les règles les plus fondamentales dont il était question. Selon nous, au moins, le principe même d'une obligation de réparation et la nécessité d'accès à la justice (interne ou internationale) sont des principes fondamentaux qui pouvaient revêtir un caractère obligatoire. Bien entendu, cela n'empêchait pas une certaine flexibilité dans les *mécanismes* qui devaient être mis en place afin de garantir le respect de ces obligations.

Le préambule : La distinction entre la prévention et la réparation. Les Principes adoptent une séparation stricte entre les obligations de prévention et celles relatives à la réparation.

---

[853] Dans ses propres mots :
« *There is arguably enough material here on which to build something more than a soft law compensation principle* ».
Cela étant il ne préconise pas une forme particulière lui-même.
Boyle (A.), « Globalising environmental liability: the interplay of national and international law », *Journal of Environmental Law*, vol. 17, n°1, pp. 3-26, 2005, p. 19.

[854] *Ibid*, p. 18.

[855] Barboza (J.), « Liability: Can We put the Humpty-Dumpty together again? », *Chinese Journal of International Law*, vol. 1, n°2, 2002, p. 524.

[856] Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit*, p. 160.

[857] Les Commentaires de 2006, p. 62, § 11.

[858] Voy. *Troisième rapport*, Rao (P. S.), *op. cit.*, pp. 29-30, §§ 41-44.

Faisant référence aux Articles adoptés sur la prévention[859], il est rappelé que la violation de ces Articles donne lieu à une responsabilité classique de l'État[860]. Le préambule énonce clairement que les Principes n'ont vocation à s'appliquer que dans les cas où l'État a respecté ses obligations de prévention[861]. La CDI rappelle, une première fois dans son texte, que même sans une violation quelconque, les mesures appropriées devront être prises afin de garantir une indemnisation prompte et adéquate[862]. Ce dernier principe est le cœur du travail de la CDI et son adoption constitue en soi une avancée majeure.

Un sujet à la croisée de la codification et du développement progressif. Ni dans le préambule ni à aucun autre moment, les Principes ne présentent le sujet comme étant, exclusivement, la traduction de l'une ou l'autre des missions de la CDI. L'importance du développement progressif est évidente et reconnue expressément. En effet, le Préambule souligne le « désir » de contribuer au développement du droit international dans ce domaine[863]. Le rapport des Principes avec la codification est pourtant plus incertain. Il peut être prétendu qu'au regard de la nature des Principes (général, non contraignant et subsidiaire), ils ne peuvent pas être une codification du droit existant. Or, tout au long des Principes, nous voyons des références aux sources du droit positif qui ont soutenu les choix effectués[864]. En outre, le dernier rapporteur spécial avait expressément reconnu l'existence d'une obligation coutumière de réparation[865].

Après avoir présenté le cadre général des Principes à travers leur statut et le Préambule, il est désormais possible d'examiner les Principes en tant que tels.

§2 Les Principes

Le rapport entre le régime et la place de la responsabilité. Dès l'introduction, nous avons évoqué que cette Section ne cherche pas à présenter une critique exhaustive de chacun des Principes de 2006. Ici, l'objectif est de connaître la conception de la CDI quant à la *place* de la responsabilité objective. De ce fait, la plupart des dispositions relatives au régime de la responsabilité seront examinées dans la Deuxième Partie. Il n'empêche que certains éléments liés au régime devront être examinés dès la fin de cette Première Partie de la thèse. La plupart

[859] Le Préambule, al. 2.
[860] *Ibid.*, al. 7.
[861] *Ibid.*, al. 3-4.
[862] *Ibid.*, al. 5.
[863] Voy. le dernier alinéa du Préambule.
[864] Pour un exemple général voy. l'avant dernier alinéa du Préambule.
[865] Voy. *supra* Section 1, §3 le troisième rapporteur spécial.

sont nécessaires pour comprendre le positionnement de la CDI quant à la place de la responsabilité objective. D'autres sont plus proches du régime *stricto sensu.*

Au départ, nous avons envisagé de déplacer ces questions vers la Deuxième Partie, mais cette possibilité a été finalement écartée. Deux arguments justifient ce choix : Premièrement, l'étude de ces questions sert à comprendre le positionnement de la CDI quant à la place de la responsabilité objective. Deuxièmement, certains de ces exemples n'avaient pas leur place dans la structure de la Deuxième Partie. Ces questions ne correspondent à aucun des chapitres de la Deuxième Partie. Elles ne sont pas non plus suffisamment conséquentes pour se voir attribuer un chapitre à part entière. Au regard de ces considérations, ces éléments seront examinés à la fin de cette Première Partie, de manière tout à fait succincte.

Dans cette perspective, il faut d'abord examiner le champ d'application (A.) et les objectifs des Principes de 2006 (B.). Ces questions sont directement en lien avec le positionnement de la CDI sur la place de la responsabilité objective. Deux autres questions seront aussi examinées qui relèveraient *a priori* du régime de la responsabilité. Cependant, il faut savoir qu'elles sont des principes les plus fondamentaux des Principes de 2006 sans lesquels le positionnement de la CDI ne peut pas être compris parfaitement. Il s'agit d'un premier élément sur la nécessité d'une indemnisation prompte et adéquate (C.) et d'un deuxième sur l'accès aux recours internes et internationaux (D.)

A. Le champ d'application

Une responsabilité pour risque. Que ce soit dans le titre des travaux (… découlant d'activités dangereuses), le Principe 1 (le champ d'application) et les commentaires à ce principe[866], la CDI délimite son travail en fonction du risque. Dans ce sens, ses travaux ne recouvrent pas exactement le même champ que celui, plus large, retenu dans cette thèse[867]. Pour les Principes de 2006, la CDI a décidé d'appliquer le même champ d'application que les Articles de 2001 sur la prévention[868]. Il s'agit donc des activités qui « comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques. »[869] Ainsi, les Articles de 2001 sur la prévention et les Principes de 2006 ne s'appliquent qu'aux activités dangereuses. En outre, ils ne se s'intéressent qu'aux conséquences physiques de ces activités. Ainsi, la CDI

[866] Voy. notamment les Commentaires de 2006, p. 64, §§5-6.
[867] Voy. *supra* Chapitre 2 et les différentes catégories de la responsabilité objective.
[868] Les Commentaires de 2006, p. 63, § 1.
[869] Les Commentaires de 2001 sur la prévention, p. 160, § 1.

exclut les conséquences non physiques (notamment socio-économiques et monétaires) de son champ d'application[870].

Malgré les propositions contraires, la CDI a décidé de ne pas limiter le champ d'application du sujet aux seules activités extradangereuses. Les deux textes s'appliquent à la fois aux activités dangereuses et extradangereuses[871]. À ce propos, il est important de savoir que les Principes ne retiennent pas une liste préétablie d'activités dangereuses[872].

Les activités qui ne sont pas interdites. La CDI insiste aussi sur la distinction de ces Principes avec les Articles de 2001 sur la responsabilité classique[873]. Selon elle, les Principes de 2006 concernent des obligations primaires et non pas secondaires[874]. De ce fait, on part de l'idée que le dommage a été créé malgré le respect des obligations de prévention[875].

Le dommage effectivement créé. La CDI fait une distinction entre le *harm* et le *dommage*. Même si la traduction officielle en français utilise le même terme pour les deux, dans le texte anglais, la CDI indique que les articles s'appliquent bien au *transboundary damage* et non pas *harm*[876]. Selon la CDI, *harm* s'applique uniquement lorsqu'il est question du risque de dommage. *Damage*, quant à lui, s'applique dans une phase suivante, lorsque le dommage s'est effectivement produit[877]. Cela étant, la notion de *harm* est peut-être plus proche de celle de préjudice dans la terminologie française[878]. Le *damage*, lui, peut être simplement traduit par dommage. La définition exacte de ces concepts et le lien entre eux seront expliqués au chapitre 7 de la présente recherche.

B. Les objectifs

La protection de l'environnement. Le principe 3 explique le double objectif des Principes que sont la protection de l'environnement et l'indemnisation des victimes innocentes. La CDI rappelle la préoccupation sérieuse de la communauté internationale pour la protection de l'environnement. Selon elle, les dommages à l'environnement ne peuvent pas être comparés

---

[870] Les Commentaires de 2006, p. 65, § 12

[871] *Ibid*., §2 ; Les Commentaires de 2006, p. 63, § 2.

Par activité extradangereuse, les Principes visent une activité qui comporte un risque qui ne se matérialise que rarement, mais dont les dommages éventuels seront graves (plus que significatifs). Les activités dangereuses sont celles qui comportent un risque plus réel de dommages simplement significatifs.

Les commentaires de 2006, p. 63, § 2

[872] *Ibid*., § 3.

[873] *Ibid*., p. 64, § 5.

[874] *Ibid*., §6.

[875] *Ibid*., pp. 64-65, §§ 7-8.

[876] Voyez les commentaires au Principe 1, §11.

[877] *Ibid*.

[878] Voy. *infra* Chapitre 7.

avec les dommages aux personnes et aux biens. Il faut considérer l'environnement à la fois comme un héritage pour les générations futures, mais aussi comme une valeur en soi[879]. Cela dit, les principes visent à protéger l'environnement à proprement parler et disposé d'une valeur inhérente. Cette conception a une incidence directe et considérable sur la notion du dommage réparable qui sera examinée plus loin dans cette recherche[880].

Une indemnisation prompte et adéquate. Depuis le début, le premier rapporteur spécial avait rappelé la nécessité d'assurer que « les pertes ou dommages subis par une victime innocente ne devraient pas être laissés à sa charge »[881]. La réparation prompte vise à éviter aux victimes une attente trop longue pour être indemnisées[882]. Selon la CDI le principe de la réparation prompte et adéquate est confirmé par les affaires *Détroit de Corfou* et *Fonderie de Trail*. Ce principe est aussi soutenu par les principes 21 et 22 de la Déclaration de Stockholm[883] ainsi que par le Principe 13 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[884].

Le lien avec le principe pollueur-payeur. Les principes font aussi le lien entre l'indemnisation et l'internalisation des coûts. Cette dernière est au cœur du principe pollueur-payeur[885]. Il est intéressant à noter que les Principes essaient de renforcer l'obligation de réparation en ayant recours au principe pollueur-payeur, sans pour autant clarifier le lien entre les deux concepts. En effet les Principes ne statuent pas sur la valeur du principe pollueur-payeur. Ils rappellent les doutes quant au statut de ce principe en droit international. D'une part, le principe est admis dans la politique de l'OCDE et de l'Union européenne[886]. Il est aussi reconnu par le Protocole de Kiev de 2003, selon lequel le pollueur-payeur est un « principe général du droit international

---

[879] Les Commentaires de 2006, p. 76, § 6.
[880] Voy. *infra* Chapitre 7.
[881] *ACDI*, 1982, vol. II (1re partie), document A/CN.4/360, p. 75, par. 53 (ébauche de plan), sect. 5 (par. 2 et 3), cité dans les Commentaires de 2006, p. 75.
[882] Commentaire de 2006, p. 75, § 3.
[883] *Ibid.*, §§ 3-4. Selon le Principe 21 :
« Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans la limite de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale. »
Selon le Principe 22 « Les États doivent coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la responsabilité et l'indemnisation des victimes de la pollution et d'autres dommages écologiques… »
[884] Commentaire de 2006, pp. 76-77, §5. Le Principe se lit comme suit :
« Les États doivent élaborer une législation nationale concernant la responsabilité de la pollution et d'autres dommages à l'environnement et l'indemnisation de leurs victimes. Ils doivent aussi coopérer diligemment plus résolument pour développer davantage le droit international concernant la responsabilité et l'indemnisation en cas d'effets néfastes de dommages causés à l'environnement dans les zones situées au-delà des limites de leur juridiction par des activités menées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle. »
[885] Les Commentaires de 2006, p. 77, § 11-12.
[886] *Ibid.*, §11.

de l'environnement »[887]. D'autre part, les Principes rappellent les doutes quant à la reconnaissance du pollueur-payeur dans le droit international coutumier, en dehors du cadre de l'UE et de l'OCDE[888]. Finalement, la CDI ne statue pas elle-même sur la valeur du principe.

Le lien avec la responsabilité classique. Dans ses commentaires au principe 3, la CDI rappelle plusieurs précisions très intéressantes. Premièrement, même si elle accepte que la norme de *l'Usine de Chorzów* concerne la responsabilité classique, elle n'hésite pas à s'en inspirer pour mieux comprendre la responsabilité objective. Cette position est importante, car ce n'est pas la seule fois où la CDI utilise les sources de la responsabilité classique comme fondement de son examen de la responsabilité objective. Au contraire, le questionnement sur le lien entre les deux formes de responsabilité est toujours présent dans l'analyse de la CDI.

Suivant cette logique, la CDI rappelle deux principes fondamentaux en matière d'indemnisation prompte et adéquate. Le premier est l'interdiction des dommages-intérêts punitifs et le deuxième l'indemnisation de la victime, au maximum, pour le montant des dommages subis[889]. Il a déjà été mentionné que pour le deuxième rapporteur spécial, dans le domaine de la responsabilité objective, la responsabilité n'est souvent pas intégrale et le montant doit être négocié par les parties intéressées[890]. Les Principes finalement adoptés ne statuent pas définitivement sur cette question. Ils se contentent d'énoncer quelques critères généraux afin de guider le choix des arbitres[891].

Le fondement de la réparation. Malgré « l'interdiction » des dommages-intérêts punitifs[892], la CDI rappelle un principe au cœur de ces travaux : la nécessité d'une réparation adéquate. La CDI rappelle à la fois le fondement juridique et la conséquence pratique de ce principe. Pour le fondement juridique, elle évoque à la fois l'équité et le principe pollueur-payeur. Quant à la conséquence pratique, la CDI est d'avis que ce principe (la réparation adéquate) inciterait des exploitants à exercer la plus grande prudence et la diligence due afin d'éviter les dommages futurs[893]. Il semblerait donc que pour la CDI, la responsabilité objective soit considérée comme un complément nécessaire à la responsabilité classique, plus précisément aux obligations de prévention. Cette forme de la responsabilité serait en réalité un motif supplémentaire pour inciter les exploitants à exercer la plus grande prudence.

---

[887] *Ibid.*, §13.
[888] *Ibid.*, pp. 77-78, § 15.
[889] *Ibid.*, p. 78, § 17.
[890] Voy. *supra*., Section 2, Le deuxième rapporteur spécial.
[891] Voy. aussi *infra* l'indemnisation prompte et adéquate.
[892] Les Commentaires de 2006, p. 79, § 17
[893] *Ibid.*, p. 78, § 17.

Les explications qui viennent d'être données sont en rapport avec l'indemnisation prompte et adéquate en tant qu'objectif des Principes de 2006. Jusqu'ici, nous avons donc examiné le Principe 3 et les commentaires y relatifs. L'analyse de ce principe n'est pourtant pas terminée. La CDI revient sur ce concept dans le Principe 4 qu'il convient désormais d'examiner.

C. L'indemnisation prompte et adéquate

Pour examiner le principe 4, il convient de diviser son contenu en deux parties. La première concerne le principe et le seuil de l'indemnisation (i.). La deuxième série de règles dans ce principe est relative aux modalités de l'indemnisation (ii.).

i. Le principe et le seuil d'indemnisation

Le cœur des Principes de 2006. Le principe 4 (Indemnisation prompte et adéquate) est le cœur du travail de la CDI. C'est ici que la CDI recommande (puisque les principes ne se veulent pas normatifs) de veiller à une réparation adéquate. L'idée sous-jacente est celle, maintes fois rappelée, de ne pas laisser les victimes innocentes sans aucune forme de réparation. Ce principe de base est ainsi expliqué :

> « Principe 4 — Indemnisation prompte et adéquate
>
> 1. Chaque État devrait prendre toutes les mesures nécessaires pour veiller à ce qu'une indemnisation prompte et adéquate soit accordée aux victimes de dommages transfrontières causés par des activités dangereuses se déroulant sur son territoire ou placées sous sa juridiction ou son contrôle. »

Une réparation qui se limite à l'indemnisation. La première chose qui ressort du texte et des Commentaires de 2006 est la restriction de la réparation à la seule indemnisation. En effet, ni les Principes ni les Commentaires de 2006 ne font référence à une autre forme de réparation. La seule ouverture possible est à trouver dans un passage des commentaires :

> « 4. L'accent est mis dans le paragraphe 1 sur toutes les "mesures nécessaires" et chaque État se voit accorder suffisamment de latitude pour atteindre l'objectif recherché, c'est-à-dire assurer une indemnisation prompte et adéquate. Cela est mis en évidence *sans préjudice des versements à titre gracieux ou des mesures d'urgence et de secours* que les États ou d'autres entités responsables pourraient par ailleurs envisager en faveur des victimes »[894]

Il aurait été possible de songer à « toutes les "mesures nécessaires" » pour y voir une ouverture aux autres types de réparation. Or, la dernière partie de cette phrase a limité ces « mesures nécessaires » à celles qui permettraient une « indemnisation prompte et adéquate ». Par conséquent, la seule ouverture possible est à trouver dans la deuxième phrase qui concerne des

[894] *Ibid*., les commentaires au Principe 4, p. 80, § 4.

mesures d'urgence et de secours. Cela étant, il ne faut pas oublier que cette phrase est en réalité une clause « sans préjudice » et il n'est donc pas sûr que ces mesures soient incluses dans les « réparations » *stricto sensu*.

Cette restriction n'est pourtant pas justifiée. Nous avons déjà démontré qu'en réalité, la pratique étatique n'a pas limité la réparation à la seule indemnisation[895]. Nous avons aussi expliqué que, même théoriquement, il n'existe aucune raison convaincante pour limiter la réparation à la seule indemnisation[896].

Une réparation qui n'a pas à être intégrale. Pour comprendre la position de la CDI sur l'obligation de la réparation, il faut aussi prendre en compte le seuil de cette réparation. Même si la CDI ne l'a jamais affirmé expressément, il semble que l'exigence de la réparation s'accompagne d'un compromis[897]. Ce compromis consiste, d'une part, à exiger la réparation, d'autre part, à alléger le fardeau qui est imposé à l'État ou aux exploitants privés notamment en n'exigeant pas de réparation intégrale. Ce compromis serait inspiré par l'état de droit positif. Nous avons déjà souligné la pratique étatique en la matière. Nous avons vu que les États réagissent dans la grande majorité des cas aux dommages créés. Néanmoins, nous avons aussi vu que cette réaction était souvent partielle[898].

La CDI a aussi essayé, tant bien que mal, de donner une échelle du niveau de la réparation. Elle consiste, par ordre décroissant, en réparation intégrale, suffisante et adéquate[899]. La CDI se montre favorable au niveau le moins élevé, à savoir une réparation seulement adéquate. Cela étant, il s'agit là d'un indice assez vague qui ne suffit pas en soi à déterminer le niveau de réparation. Il convient donc de développer quelque peu la position de la CDI.

Les critères de la CDI. Malheureusement, comme pour beaucoup d'autres questions importantes, la CDI ne développe que trop peu sa position. L'explication de la CDI se limite à un seul paragraphe qui, au regard de son importance extrême, doit être rapporté en entier :

> « En revanche, la notion d'une indemnisation "adéquate" renvoie à plusieurs questions. Par exemple, le versement d'un montant forfaitaire ayant fait l'objet d'un accord à l'issue de négociations entre l'exploitant ou l'État d'origine et les victimes ou les autres États concernés, après le regroupement des demandes d'indemnisation de toutes les victimes, pourrait constituer une indemnisation adéquate. Il en irait de même d'une indemnisation fixée par un tribunal au terme d'un procès engagé devant lui, sous réserve de confirmation par les juridictions

---

[895] Voy. *supra* Chapitre 2.
[896] Voy. *infra* Chapitre 7.
[897] Voy. *supra* Deuxième rapporteur spécial pour l'évolution du sujet au sein de la CDI. En effet, pour le deuxième rapporteur spécial aussi la réparation n'avait pas à être intégrale. Le montant de la réparation devait être décidé en fonction des négociations entre les parties concernées.
[898] Voy. *supra* les Chapitre 1 à 3 notamment les deux premiers chapitres.
[899] *Ibid.*, p. 81, § 8. Dans ce paragraphe, la CDI essaie d'expliquer ce qu'elle entend par une réparation adéquate. Elle y explique qu'adéquat ne signifie pas « suffisant ».

> supérieures en cas de besoin. Elle est *ipso facto* adéquate tant que les conditions d'une procédure régulière sont remplies. *Dès lors qu'une indemnisation déterminée n'est ni arbitraire ni hors de proportion avec le dommage effectivement subi, même si elle n'est pas intégrale, elle peut être considérée comme adéquate*. En d'autres termes, adéquat ne signifie pas "suffisant". »[900]

La CDI a donc expliqué son critère en fonction de la procédure qui est censée mener à la réparation. La première partie du paragraphe sur les négociations n'a pas à être critiquée. C'est l'exemple des énoncés quelque peu évidents de la CDI qui en réalité ne nous apprennent pas grand-chose sur le fond. Il est sûr qu'en présence d'un accord entre les parties, le problème est réglé. Plus exactement, dans cette première hypothèse, le problème n'est même pas posé ! Le seul vrai intérêt de ce membre du paragraphe est de montrer que pour la CDI, comme pour nous[901], la « réparation » n'est pas uniquement décidée par le juge. Les mesures prises à la suite des négociations interétatiques peuvent très bien être qualifiées de réparation dans le sens du droit de la responsabilité.

La deuxième partie du paragraphe semble pourtant donner un critère plus précis. Avant tout, nous ne pouvons que regretter la généralité, voire l'ambiguïté, des Principes pour une question aussi essentielle. Cette ambigüité ne se limite hélas pas à ce seul critère. Ayant voulu proposer un texte « flexible », le rapporteur spécial finit par présenter des énoncés tellement généraux qu'on doute parfois de leur nature juridique véritable. Il faut rappeler que ce travail est l'exemple par excellence de l'approche « réaliste » et « managériale » de la CDI[902]. Or, la fluidité inhérente à ces approches, en réalité économiques, n'est guère en adéquation avec un sujet éminemment juridique.

En dehors de ces critiques méthodologiques, ce critère est l'une des dispositions les plus critiquables des Principes sur le fond. La réparation serait donc *ipso facto* adéquate si « les conditions d'une procédure régulière sont remplies ». Autrement dit, si les victimes avaient accès à la justice et si les règles de procédure avaient été respectées, la réparation serait automatiquement considérée comme adéquate ! Ceci à la seule condition qu'elle ne soit « ni arbitraire ni hors de proportion avec le dommage ». On voit encore une fois l'ambiguïté extrême du texte. Si le critère est le respect des conditions de procédure, il est extrêmement critiquable car il ne prend pas en compte le fond de la réparation. Si le véritable critère est la « proportion

---

[900] *Ibid.* Italique ajoutés.

[901] Le rappel de ce sujet est important au regard des débats dans le Chapitre 2. On s'était alors posé la question de savoir si de telles mesures, accordées à l'issue des négociations, étaient de véritables « réparations ».

[902] Koskenniemi (M.), « The Fate of Public International Law - Between Technique and Politics », *op. cit.*, notamment pp. 12-15.

avec le dommage », il n'est tout simplement pas un critère car il ne fait que reformuler la question posée à la CDI.

Les critères hors CDI. En l'absence d'un critère véritable dans les Principes de 2006, il faut se référer à d'autres sources afin de trouver une réponse précise. Dans son ouvrage sur la réparation des dommages environnementaux, Hardman s'est penché sur le niveau de réparation dans un grand nombre de sources conventionnelles ainsi que dans la jurisprudence[903]. Il est arrivé à la conclusion que le standard d'indemnisation (*compensation standard*) le plus largement retenu est celui de *restitution in integrum*. Il ajoute aussi que le standard d'indemnisation adéquate (*adequate compensation*) est généralement utilisé pour indiquer un niveau moins élevé de réparation. Il est d'accord avec la CDI pour affirmer que ce dernier standard est plus approprié pour les activités ultra-dangereuses (*ultra-hazardous activities*)[904]. Dans cet ouvrage, Hardman distingue entre des critères objectifs et subjectifs dans la détermination du dommage environnemental. La question semble être de savoir s'il existe un critère véritablement objectif pour déterminer le contenu d'une réparation adéquate ou pas. Au moins, en responsabilité environnementale, il est d'avis que le critère objectif est difficile à mettre en place[905]. Il est aussi d'avis que le critère de la réparation intégrale, largement utilisé en droit international, n'est pas compatible avec la nature des dommages environnementaux[906]. Sa position, qui peut être facilement critiquée dans le cadre de la responsabilité classique, est beaucoup plus difficile à contredire dans la responsabilité objective. Nous avons déjà mentionné que, dans ce domaine, ni la pratique conventionnelle ni la pratique non conventionnelle ne confirment l'idée d'une réparation intégrale[907]. Cependant, nous démontrerons que ces pratiques sont elles-mêmes sujettes à de vives critiques et mériteraient d'être révisées[908]. La réactivité insuffisante des États ne devrait pas conditionner notre compréhension de cette question. Cela dit, dans l'état actuel du droit international, il serait difficile de soutenir un principe de réparation intégrale *de lege lata*. Toutefois, même en se limitant à une réparation

---

[903] En réalité, les sources auxquelles il se réfère ne portent pas uniquement sur la responsabilité environnementale. Il examine plutôt des textes se rapportant aux dommages transfrontières.

[904] Hardman Reis (T.), *Compensation for environmental damages under international law*, *op. cit.*, p. 114.

[905] *Ibid.*, p. 155. Il est à regretter qu'il n'explique pas suffisamment en quoi ce critère est difficile à retenir.

[906] Il présente deux critères qui empêchent l'application de la réparation intégrale, sans les développer suffisamment. Premièrement, selon lui, la réparation intégrale convient seulement pour la réparation des dommages matériels. Deuxièmement, la réparation intégrale est difficile à mettre en place du fait des difficultés liées à la quantification des dommages environnementaux. Voy. *Ibid.*, p. 157.

[907] Ce constat est fait quant au statut de ces droits dans leur généralité bien que, pour chacun d'eux, il existe également des exemples favorables à une réparation intégrale. Voy. par exemple *infra* Chapitre 5 sur le régime spatial.

[908] Voy. *infra* Deuxième Partie notamment Chapitre 7.

adéquate, il reste essentiel de définir des critères qui faciliteraient l'établissement du niveau de réparation approprié.

Hardman a essayé de présenter une liste de ces critères pour la réparation des dommages environnementaux. Ces critères n'ont pas été présentés pour la responsabilité objective en tant que telle. Il ne cherche pas non plus à établir ce qu'est une réparation « adéquate », mais plutôt ce qu'est une réparation « équitable » (*fair compensation*). Toujours est-il que ces critères présentent une grille de lecture intéressante. Certains ne sont pas transposables à notre sujet. En effet, ces critères abordent la réparation sous un angle répressif qui n'a pas lieu d'être pour le sujet qui nous intéresse[909]. Ses autres critères entrent dans deux catégories, à savoir l'équité et l'analyse économique du droit[910].

Une réparation efficace. En ce qui concerne l'analyse économique du droit, l'objectif est de proposer une responsabilité « efficace » (*efficient liability*). Dans cette partie aussi, Hardman met l'accent sur le rôle préventif de la responsabilité. L'idée sous-jacente est de proposer des standards suffisamment élevés pour qu'ils puissent prévenir la création des dommages futurs[911]. Ce rôle doit être redéfini en droit de la responsabilité objective. L'analyse économique est certes tout à fait pertinente pour cette forme de la responsabilité. En revanche, encore aujourd'hui, cette forme de responsabilité se concentre davantage sur la réparation que sur la prévention. Transposé en responsabilité objective, ce critère exige plutôt un équilibre entre l'intérêt des victimes et le secteur d'activité à l'origine du dommage. C'est ainsi que les plafonds de responsabilité ont été établis dans la plupart des régimes conventionnels[912]. L'objectif était de trouver un montant suffisamment important pour garantir une réparation adéquate des victimes, mais de sorte qu'il ne puisse pas mettre à mal la survie économique du secteur en question[913].

Une réparation équitable. Le deuxième critère de Hardman qui peut être pertinent dans la détermination du standard de réparation est le principe d'équité. Hardman propose deux facteurs à prendre en compte pour décider d'une compensation équitable (*fair compensation*). Il s'agit, d'une part, de l'équilibre des intérêts en question (*balance of interests*) et, d'autre part, d'un critère composé qui comporte l'équité, la proportionnalité et le caractère raisonnable[914]. Le premier critère se rapproche de ce que nous avons dit sur l'analyse économique du droit. Le

---

[909] *Ibid.*, pp. 145-155.
[910] En réalité, il a aussi proposé un critère lié à l'accord entre les parties. Néanmoins, il s'agit selon nous d'un faux critère car en présence d'un accord entre les parties la question du standard de la réparation ne se pose même pas. Voy. Hardman Reis (T.), *Compensation for environmental damages under international law*, *op. cit.*, pp. 117-125.
[911] *Ibid.*, pp. 132-145.
[912] Voy. *infra* les Chapitres 6 et 7.
[913] Hardman Reis (T.), *Compensation for environmental damages under international law*, *op. cit.*, pp. 117-125.
[914] *Ibid.*, pp. 126-130.

deuxième n'est qu'un recyclage de l'usage fait de ces principes dans d'autres domaines pour le standard de la réparation. Il ne présente en réalité aucune originalité dans le domaine qui nous occupe. Cela dit, on voit bien qu'au bout du compte, les critères proposés sont tous les traductions d'une même vérité. Il s'agit d'un critère largement subjectif, soumis à l'appréciation du juge en ce qui concerne des concepts souples tels que « l'adéquation », la « proportionnalité » ou l'équité.

Une indemnisation prompte. Au-delà de l'adéquation, la CDI exige aussi la promptitude de l'indemnisation. Elle ne définit pas vraiment ce qu'elle entend par prompte. La seule information supplémentaire est à trouver dans les Commentaires de 2006. Il s'agit d'un contre-exemple pour montrer ce qui n'est pas prompt. Cet exemple concerne les procédures dans l'affaire relative au pétrolier *Amoco Cadiz* qui ont duré treize ans[915]. Autant le caractère vague du caractère adéquat n'est pas défendable, celui relatif à la promptitude se comprend. Ici, en effet, il est impossible de donner une durée maximale qui s'appliquerait à toutes les activités dangereuses. Cette durée dépend d'une multitude de facteurs, notamment de la nature de l'activité dangereuse et du nombre de victimes. Par conséquent, la CDI ne pouvait que se contenter d'un critère large.

ii. Les modalités de l'indemnisation

La possibilité de restreindre la réparation. Au-delà du standard de réparation (adéquate, intégrale, etc.), les Principes de 2006 reconnaissent deux autres possibilités de restreindre les montants de la réparation. Cependant, il faut savoir que ces modalités sont issues des droits conventionnels. Elles ne sont donc pas transposables, en tant que telles, en dehors de leur cadre conventionnel précis.

La première est une reconnaissance indirecte des clauses d'exception ou de restriction dans les droits conventionnels[916]. Ici les Principes font référence aux cas tels que la *force majeure*, les conflits armés ou la faute de la victime qui peuvent limiter voire exclure la responsabilité[917]. La CDI tient pourtant à préciser que ces restrictions ne devraient pas modifier radicalement l'objectif d'une indemnisation prompte et adéquate[918].

Le deuxième cas de restriction possible est lié au plafonnement de la responsabilité[919]. Il est entendu qu'au contraire de la responsabilité classique exigeant la réparation intégrale, les

[915] Les Commentaires de 2006, p. 81, § 7.
[916] Principe 4§2.
[917] Voy. les Commentaires de 2006, p. 85, §27.
[918] Les Commentaires de 2006, p. 83, § 19.
[919] *Ibid.,* p. 83, § 20.

régimes conventionnels sont, presque tous, soumis au plafonnement de la responsabilité. La CDI rappelle les raisonnements pour[920] et contre[921] le plafonnement, mais ne prend pas position dans un sens ou dans l'autre.

Quoi qu'il en soit, tout en reconnaissant la possibilité de ces restrictions, la CDI incite les États à les réduire au minimum[922].

« L'obligation » de garder une garantie financière. L'obligation est mise entre guillemets, car il s'agit, encore une fois, d'une recommandation. À cet égard, l'usage du verbe « devraient » (*should*) et non pas « doivent » (*shall*) est digne d'attention. En effet, le principe 4 recommande aux États de prévoir l'obligation de contracter une garantie financière avant d'exercer une activité dangereuse. Les commentaires au principe mentionnent aussi qu'en cas de risque du dommage transfrontière, les assurances doivent prévoir, spécifiquement, l'indemnisation des victimes étrangères[923].

Pratique courante dans les régimes conventionnels, les paragraphes 4 et 5 du Principe 4 encouragent aussi la mise en place des fonds d'indemnisation[924]. Au regard des conséquences parfois catastrophiques des activités dangereuses, ces fonds sont censés augmenter le niveau de protection. Ils interviennent à un niveau supérieur à celui des assurances et le montant exact de leur garantie dépend des accords en vigueur. À cet égard, le dernier paragraphe du Principe prévoit une vague possibilité du relai étatique[925].

Les Commentaires de 2006 ont déclaré, à juste titre, que le principe d'indemnisation adéquate (Principe 4) ajouté à l'accès des victimes aux voies de recours efficaces (Principe 6) constituaient l'essentiel des Principes de 2006[926]. Après le premier principe, il convient d'examiner brièvement le deuxième principe fondamental pour la CDI.

---

[920] *Ibid*. En réalité, le plafonnement va de pair avec l'assurance obligatoire. Il s'agit donc d'un moyen d'encourager les opérateurs d'accepter une responsabilité objective, sans pour autant craindre une responsabilité trop élevée. Le plafonnement est pourtant critiqué au regard de l'intérêt des victimes.

[921] *Ibid*., §21. Il s'agit essentiellement de deux raisons. Premièrement, le plafonnement ne garantit pas toujours l'intérêt des victimes innocentes. Deuxièmement, il n'encourage pas suffisamment les opérateurs économiques à prendre toutes les précautions nécessaires afin d'éviter les dommages futurs.

[922] Voy. *Ibid.*, p. 90, § 1.

[923] *Ibid.*, p. 85, § 29.

[924] Voy. aussi *ibid.*, p. 86-87, §§ 35-39.

[925] Cette possibilité, d'importance majeure, sera examinée en détail dans le Chapitre 8.

[926] *Ibid.*, p. 90, § 1. Nous essayons encore une fois de rendre compte des énoncés de la CDI. Sinon, l'énoncé en question est encore un exemple du langage ambigu de la CDI :

« En un sens, les projets de principes 4 et 6 suffisent à exprimer les mesures de fond et de forme qui devraient permettre à l'État d'origine et aux autres États concernés d'offrir les normes minimales sans lesquelles il serait difficile ou impossible de mettre en œuvre l'obligation d'assurer des moyens de recours efficaces, notamment la possibilité d'une indemnisation prompte et adéquate des victimes d'un dommage transfrontière ».

Cette phrase, déjà très longue, semble vouloir dire que l'effet combiné des Principes 4 et 6 suffirait pour garantir l'intérêt des victimes.

D. Les recours internes et internationaux

Une liberté maximale quant au choix du for. Le Principe 6 prévoit les voies de recours ouvertes aux victimes. La CDI se concentre sur les voies de recours internes, mais n'exclut aucunement les voies internationales. Elle recommande une liberté maximale des victimes. D'abord, elle prévoit la possibilité, à la fois, des voies de recours internes et internationales[927]. Ensuite, quant aux voies de recours internes, elle propose aussi le choix entre l'État d'origine, l'État victime et le domicile de l'exploitant[928]. Pour justifier cette position, elle se base sur une multitude de textes conventionnels qui ont retenu cette solution[929]. Or, justement, le caractère conventionnel des accords en question, ajouté au fait que trois d'entre eux ne sont jamais entrés en vigueur[930], ne permet pas d'établir un principe de droit international général. Il s'agit là d'un exemple qui démontre bien les critiques au travail de la CDI. Premièrement, la CDI fait une « proposition » sans pour autant qu'on sache quelle est la valeur de cette dernière en droit international. D'ailleurs, les choix offerts par la CDI sont parfois si larges qu'ils n'offrent en réalité aucun indice concret pour régler les différends futurs.

L'égalité du fond et de la procédure. La CDI va même au-delà du simple droit d'accès au tribunal de l'État d'origine. Il recommande aussi l'égalité du fond (du droit applicable) et de la procédure, entre les victimes étrangères et les nationaux. Sur l'aspect procédural, l'accès aux tribunaux, la CDI est d'avis qu'il y a une tendance de plus en plus importante des États dans ce sens[931]. En revanche, pour l'aspect du fond, le droit applicable, elle avoue que l'état du droit est plus incertain[932].

La justification de l'égalité d'accès. Pour justifier l'égalité d'accès, les Commentaires du principe se basent sur le principe 10 de la déclaration de Rio et sur le principe 23 de la Charte mondiale de la nature[933]. Or, ajoutés à leur caractère non contraignant, ces principes ne statuent pas vraiment sur *l'égalité* d'accès, mais plutôt sur le *droit* d'accès aux recours. Le principe 10 de la Déclaration de Rio prévoit « un accès effectif à des actions judiciaires et administratives ». Le principe 23 de la Charte mondiale, quant à lui, donne une recommandation assez large en stipulant que la victime des dommages environnementaux « aura accès à des moyens de

---

[927] Le Principe 6, §§2- 4.
[928] Les Commentaires de 2006, p. 91, § 8.
[929] *Ibid.*
[930] Il s'agit de la Convention de Lugano (1993) et des protocoles de Bâle (1999) et de Kiev (2003).
[931] Les Commentaires de 2006, p. 91, §5.
[932] *Ibid.*, §6.
[933] Voy. *Ibid.*, p. 90, § 3.

recours » sans donner davantage de précision. Ces principes recommandent, au mieux, le principe même de l'accès à la justice en cas de dommages environnementaux.

Pour justifier sa position, elle se base aussi sur une autre source, à savoir, la convention de 1974 relative à la protection de l'environnement, conclue entre quatre pays nordiques[934]. Or, le caractère isolé de cette source ajouté au niveau très élevé de convergence entre les pays concernés empêche une généralisation quelconque.

Les recours internationaux. Il faut reconnaître à la CDI, la sagesse de ne pas mettre en concurrence les voies de recours internes et internationales. Ce choix tient compte des particularités de la responsabilité objective. Il s'agit d'une responsabilité pragmatique qui s'intéresse, avant tout, à l'intérêt des victimes. Cela étant, peu importe la voie de recours, l'essentiel est de trouver un compromis dans l'intérêt des victimes. Selon la CDI :

> « L'élément international n'exclut pas, par exemple, que l'État d'origine puisse verser une contribution à l'État affecté afin que celui-ci procède à l'indemnisation dans le cadre d'une procédure interne de réclamations qu'il aura mise en place. »[935]

Cela étant, les éléments internes et internationaux ne s'excluent aucunement ; ceci, bien entendu, dans les limites du *res judicata*. Concernant la voie internationale elle-même, la CDI reste très souple. Il peut s'agir à la fois des négociations politiques[936] ou d'un recours judiciaire. Pour les recours judiciaires, la CDI présente comme exemple la Commission d'indemnisation des Nations Unies et le Tribunal des différends irano-américains[937].

---

[934] *Ibid.*, p. 90, § 2.
[935] *Ibid.*, p. 92, § 10.
[936] La CDI avait certainement à l'esprit l'importance de ce type de négociations dans le domaine à l'étude. Jusqu'ici les États ont souvent privilégié les négociations plutôt que la voie judiciaire, notamment quand il s'agit d'une responsabilité véritablement étatique (et non pas civile). Voy. *supra* Titre I, des pratiques étatiques et les paiements *ex gratia*.
[937] Les Commentaires de 2006, p. 92, § 11.

Conclusion de la Section 2

Une avancée timide. En dernière analyse, les Principes de 2006 constituent un pas en avant. Le pas n'est pourtant pas énorme. L'exploit le plus important de la CDI a été de présenter une certaine forme de responsabilité pour risque dans la sphère internationale. Même si les modalités de cette responsabilité sont loin d'être satisfaisantes, le principe même de cette responsabilité doit être félicité. Il est aussi important de remarquer que la position du dernier rapporteur spécial quant à la valeur coutumière de la responsabilité objective n'a pas été expressément retenue dans les Principes finalement adoptés. Ces principes ne prennent donc pas position sur l'existence d'une règle coutumière de réparation en présence d'activité dangereuse.

Il est toujours délicat de présenter des critiques frontales au travail d'une Institution si prestigieuse. Néanmoins, nous ne sommes pas seuls à regretter un nombre significatif de choix effectués. Par rapport aux Articles de 2001, beaucoup plus conséquents en nombre et en qualité, ces Principes sont vulnérables sur tous les fronts. Il faut accorder au dernier rapporteur spécial la difficulté du sujet qui est due aux ambigüités du droit positif. Ces difficultés ne peuvent pourtant pas tout justifier. Les Principes souffrent aussi de véritables défauts méthodologiques. Les lacunes sont nombreuses, mais le rapporteur spécial avait de bonnes excuses.

Conclusion du Chapitre 4

Les limites de la CDI. La première conclusion qui dérive de cette recherche concerne les limites de la CDI pour s'attaquer à un sujet aussi fondamental. Ce sujet semble, en dernière analyse, assez dépendant du développement progressif du droit international. Or, dans cet exemple en tout cas, la CDI n'a pas été en mesure de relever le défi. Le constat n'est guère étonnant. Le sujet était si fondamental qu'aucun compromis n'était envisageable pour les États. La CDI a donc été prise en étau au milieu d'une multitude de demandes contradictoires de la part des autorités politiques qui surplombent son activité. Dans ces circonstances, elle a effectué des choix qui étaient les moins susceptibles de froisser les sensibilités étatiques. Or, l'on peut se demander avec le recul, si ce sujet n'était pas condamné dès le départ au sein d'une institution si contrainte par la politique : tout développement réel de ce sujet aurait exigé des réponses simples et claires à quelques questions fondamentales. Or, au fond, la CDI n'a pas pu vraiment répondre à ces questions, elle n'a fait que proposer des compromis.

En effet, tout juriste qui s'approche des Principes de 2006, risque de ne pas y voir de véritables solutions. Les choix effectués sont pour la plupart des synthèses élaborées à partir des droits conventionnels. Or, le cadre et le contenu choisis pour les Principes sont si larges que ces choix n'ajoutent pas grande chose à notre compréhension de la responsabilité objective. Ces critiques sévères ne visent pas forcément les rapporteurs spéciaux en tant que tels. *In fine* le problème est une incertitude plus large qui règne en droit positif. Le constat est pourtant une impasse politique (nous refusons de dire « normative ») qui a convaincu quelques-uns à effacer la question, à défaut de pouvoir trouver une réponse.

Conclusion du Titre II

Un apport limité. *In fine* les moyens auxiliaires du droit international présentent une lecture restrictive de la responsabilité objective. Ils nous offrent peu de moyens qui permettraient de consolider le concept en dehors du droit conventionnel. Les décisions judiciaires et arbitrales examinées n'ont pas voulu/pu affirmer la responsabilité objective, même dans son volet relatif à la théorie du risque. Cette approche est aussi révélatrice de la fonction du juge international et des limites de ses compétences. Quant à la CDI, elle a présenté une approche plus progressiste sans pour autant résoudre les problèmes les plus difficiles. Le travail de la CDI est un pas en avant car il reconnaît au moins le principe d'une responsabilité pour risque. Même si elle a largement ignoré la responsabilité étatique *stricto sensu*, la reconnaissance du concept en tant que tel facilite son développement futur. Cela dit, sur le fond, les Principes finalement adoptés présentent une multitude d'insuffisances substantielles qui ont parfois embrouillé l'état de la doctrine sur le sujet.

Une confusion permanente entre les deux formes de responsabilité. À la lecture des exemples mentionnés dans ce Titre, on observe l'une des difficultés fondamentales du sujet en droit international. Que ce soit dans la jurisprudence ou dans les travaux de la CDI, il existe une confusion constante entre l'obligation de prévention et la responsabilité objective. En examinant ces exemples, la question de la pertinence et de l'intérêt d'une distinction entre ces deux concepts s'est posée. Pourtant, il est clair que regrouper tous les exemples de dommages transfrontaliers sous la responsabilité classique n'est guère possible. La reconnaissance de la responsabilité objective comme une forme autonome de responsabilité internationale est donc inévitable. En revanche, il convient de repenser les rapports entre ces deux formes de responsabilité afin d'éviter les confusions théoriques actuelles. Il n'existe pas de réponse facile, et la frontière entre ces deux concepts reste assez floue. Néanmoins, une lecture approfondie des exemples mentionnés révèle les dangers d'une interprétation extensive de la responsabilité classique, tant pour la cohésion théorique de la notion de responsabilité internationale que pour la garantie des droits des victimes.

Conclusion de la Première Partie

La diversité des domaines d'application de la responsabilité objective. Avant tout, l'examen des différentes sources dans cette Première Partie a mis en évidence l'importance de définir avec précision le champ d'application de la responsabilité objective. En effet, dans de nombreux travaux doctrinaux, y compris ceux de la CDI, ce champ a été largement négligé. Il est souvent limité aux seules activités dangereuses, en écartant les autres domaines où le concept pourrait s'appliquer. Avant de tirer toute conclusion sur la place de la responsabilité objective, il convient donc de bien préciser le domaine d'application en question. La solution peut en effet varier en fonction de la théorie du risque, de la contingence des normes primaires ou de l'existence d'une CELI. Cela dit, il existe des divergences et des sous-catégories au sein même de chacune de ces grandes catégories. Tantôt rapprochée de la simple garantie (en principe non-obligatoire), tantôt fondée sur une véritable responsabilité (donc obligatoire), la responsabilité objective ne peut être appréhendée qu'en précisant son domaine précis d'application.

L'existence d'une règle coutumière. La conclusion la plus importante de cette Partie est l'existence d'une règle coutumière prévoyant la responsabilité objective dans certains domaines d'application de la responsabilité objective, à savoir les activités dangereuses et certaines catégories de CELI[938]. Cette conclusion est étayée par la pratique étatique et l'*opinio juris* dans un nombre important d'accidents transfrontières. Cette conclusion est aussi confirmée par la conception de la souveraineté comme une « présomption » qui atteint ses limites quand les conséquences de certains actes dépassent les frontières nationales. Elle est également confirmée par le principe du pollueur-payeur[939] et consolidée par le principe de prévention qui partage son

[938] Pour les détails voy. *supra* Chapitre 2.

[939] En raison de notre démarche déductive, nous ne nous sommes pas longuement attardés sur ce concept dans cette recherche. Une étude distincte pourrait opportunément se pencher sur l'incidence de ce principe, parmi d'autres, sur la responsabilité objective. Une telle étude devrait alors adopter une démarche inductive afin de clarifier l'impact de ces principes sur la responsabilité objective. Pour les raisons que nous avons exposées dès l'introduction de cette Partie, nous avons préféré suivre une approche déductive en nous appuyant sur les sources du droit international. Nous rappelons d'emblée l'incertitude entourant le statut et le contenu de ce principe en droit international. Il est également important de souligner que ce principe se limite à une partie du champ d'application de la responsabilité objective (les dommages environnementaux causés par des activités dangereuses) et qu'il est fortement influencé par des théories économiques, notamment l'idée de l'internalisation des coûts. Voy. De Sabran-Pontevès (E.), *les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur,* Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007 ; Delabie (L.), Jamay (F.) (dir.), *Le principe pollueur-payeur, entre continuité et renouveau*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2023 ; Fuchs (O.), *Pour une définition communautaire de la responsabilité environnementale : comment appliquer le principe pollueur-payeur ?,* Paris-Budapest -Torino, L'Harmattan, 2003 ; Vignon Ollive (B.), *Le principe pollueur-payeur : un état du droit positif*, thèse de doctorat soutenu à l'Université de Nice en 1998 ; Principe du pollueur-payeur : une application incohérente dans les différentes politiques et actions environnementales de l'UE, rapport spécial 12, Cour des comptes européenne, 2021.

fondement théorique. Elle va aussi dans le même sens que les travaux de la CDI sur le sujet même si ces derniers se sont limités à la responsabilité civile de l'exploitant de l'activité dangereuse.

L'existence d'un grand nombre de conventions relatives à la responsabilité objective, la pratique fréquente des États visant à réparer les dommages transfrontaliers, l'admission très large de ce principe dans les droits internes, ainsi que le principe fondamental de l'égalité souveraine des États, sont autant de raisons avancées en faveur de cette conclusion. En effet, la création de dommages transfrontières, notamment lorsqu'ils proviennent d'une activité dangereuse, porte atteinte à l'égalité souveraine des États. Cela dit, l'absence de réparation revient à faire bénéficier l'État d'origine des avantages de l'activité en question tout en imposant le coût des risques afférents au seul État victime. Elle serait aussi incompatible avec le bon voisinage, l'équité et l'interdiction de l'enrichissement sans cause. Certes, l'obligation de prévention peut garantir la réparation dans certains cas, mais elle ne peut pallier la difficulté d'apporter la preuve dans de nombreuses situations que nous avons énumérées.

L'intérêt de la règle coutumière. Conscient des difficultés d'admission de cette règle dans la doctrine, nous avons aussi présenté une thèse alternative. Même si l'existence de cette règle n'était pas acceptée, son intérêt et l'existence d'une pratique étatique conséquente en sa faveur ne font pas de doute. La responsabilité objective devrait être généralisée dans les cas où les victimes de dommages transfrontières ne sont pas en mesure de prouver un fait illicite à l'origine du dommage subi. L'étude d'un grand nombre d'exemples nous a révélé les risques d'injustices flagrantes en l'absence de responsabilité objective. Ces exemples ont également mis en lumière les limites de la seule théorie classique, fondée sur le fait illicite, pour garantir les droits des victimes. Aux arguments déjà mentionnés, il faut ajouter la « contingence » inhérente à certaines normes primaires qui peuvent, dans les faits, empêcher la réparation des dommages subis. Il suffit de rappeler l'exemple du principe de proportionnalité en droit international humanitaire. Même si l'on pouvait comprendre les raisons cyniques derrière l'admission d'une telle règle, l'absence de réparation ne saurait se justifier. Dans ce cas, comme dans tant d'autres, la responsabilité objective constitue le dernier rempart pour garantir les droits des victimes dans des rapports interétatiques, souvent profondément injustes et biaisés.

Le rôle central du dommage. Contrairement à un grand nombre de travaux doctrinaux sur le sujet[940], y compris la CDI, nous avons construit notre thèse, non pas autour du risque, mais plutôt autour du dommage. Nous comprenons la position doctrinale qui ramène tous les exemples de la responsabilité objective à la théorie du risque. Nous la croyons pourtant imprécise et théoriquement fragile. Certes, il est possible de trouver, voire d'inventer, le risque dans n'importe lequel des exemples mentionnés. Cependant, une extension abusive du concept n'aide pas la compréhension d'un sujet déjà bien entaché d'ambigüité. En examinant la responsabilité objective dans le sens large, il apparaît que le dommage est au cœur de tous les domaines d'application. C'est lui, parfois négligé en responsabilité classique, qui justifie la réparation et qui sert de fondement à la responsabilité objective.

L'ambiguïté de la règle coutumière. Malgré l'intérêt que présente le concept, il faut rappeler l'extrême difficulté de saisir sa portée exacte. La difficulté principale réside dans la clarification des rapports entre la responsabilité objective et classique et entre la responsabilité civile et étatique. Il s'inscrit aussi à la frontière entre la codification et le développement progressif du droit international. De ce fait, la réflexion sur le sujet ne peut qu'être ouverte et attentive aux évolutions du droit dans de nouveaux domaines pertinents, notamment celui du contentieux climatique. Cela dit, ce qui peut être défendu est l'existence d'une règle coutumière, dans certains cas, pour le principe même de la responsabilité objective (l'obligation de réparation) et non pas l'ensemble des questions relevant de son *régime* d'application.

[940] Voy. par exemple Scelle (G.), *Manuel élémentaire de droit international public (avec les textes essentiels)*, *op. cit.*, p. 683-690 ; Jenks (W.) « Liability for Ultra-Hazardous Activities in International law », *in RCADI*, vol. 117, 1966, I, pp. 105-196; Goldie (L. F. E.), « International Principles of Responsibility for Pollution », *op. cit.*, pp. 283-330; Goldie (L.F.E.) « Liability for damage and the progressive development of international law », *op. cit.*, pp. 1189-1264 ; Goldie (L. F. E.), « Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk », *op. cit.*, p. 1.

Deuxième Partie : Le régime de la responsabilité objective en droit international

Le contenu des régimes. Dans la Première Partie, le sujet principal était la place de la responsabilité objective en droit international. Nous avons examiné la possibilité de la généralisation de cette forme de responsabilité et sa place par rapport à la responsabilité classique. Dans la Deuxième Partie, l'accent sera mis sur le régime de la responsabilité, c'est-à-dire sur son contenu et les détails de son application[941]. Le sujet implique une multitude de régimes conventionnels et la possibilité de leur transposition en dehors du cadre conventionnel. Il existe des ouvrages entiers pour certains des régimes conventionnels existants, sans parler de leur généralisation. Il est donc impossible d'examiner tous les détails d'application de ces conventions dans les limites d'une partie de la thèse. Ce n'est pas pour autant que nous devons abandonner la question du régime, bien au contraire. Nous avons déjà mentionné que le régime de la responsabilité objective est une question sous-développée et l'intérêt du sujet de la thèse réside, entre autres, dans l'examen du régime de façon approfondie.

L'approche du sujet. Comme la CDI, nous adopterons une approche déductive, à partir des droits conventionnels. Cette approche a l'avantage d'offrir une certaine sécurité juridique due à l'expérience des régimes conventionnels. La difficulté principale réside dans la nature de la majorité de ces conventions qui prévoient une responsabilité civile. Beaucoup de questions examinées dans ces régimes sont relatives au droit international privé. L'examen de ces questions dans une thèse publiciste est en soi une question épineuse. D'une part, il n'est pas possible d'écarter ces régimes d'un revers de main, uniquement parce qu'ils sont de nature privée. D'autre part, l'insistance sur l'aspect privatiste du sujet risque de modifier la nature même de l'effort doctrinal en question. Face à ces difficultés, il faut trouver un équilibre entre la nécessité de l'examen de ces régimes et la nature publiciste de cette étude.

Premièrement, nous tenons à rappeler notre approche générale quant à la séparation entre les droits public et privé[942]. En effet, une séparation stricte entre les deux ne se justifie guère et beaucoup de solutions du droit privé ont le *potentiel* d'être transposées dans le droit public. Notre solution consiste donc à mettre l'accent sur les questions qui peuvent être plus facilement transposées au droit public en laissant d'autres, davantage tournées vers le droit privé, à la doctrine privatiste. Il en est ainsi des questions telles que le choix de la loi et la juridiction du for, pourtant longuement examinées par la CDI.

---

[941] Voy. *supra* l'introduction de la thèse pour la définition du régime et son rapport avec la « place » de la responsabilité.

[942] Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2.

Le passage *des* régimes *au* régime. Comme la CDI, notre objectif est d'examiner la possibilité de proposer un régime qui dépasse les seuls droits conventionnels. Cette démarche s'inscrit dans l'effort de généralisation de la responsabilité objective. Le point de départ prend toujours sa source dans les régimes conventionnels. L'objectif est de voir s'il est possible de proposer un régime homogène de responsabilité ou, au contraire, s'il faut se contenter d'un régime à plusieurs vitesses. Cela étant, il faut d'abord examiner *les régimes* conventionnels en vigueur pour voir si l'on peut établir des liens entre eux (Titre III). Ce n'est qu'ensuite qu'on pourra examiner *le régime* de la responsabilité objective en droit international général (Titre IV).

Titre III : Les régimes de la responsabilité objective en droit conventionnel

Une approche sélective et systémique. Dans ce titre, nous allons examiner les régimes conventionnels en vigueur. Les conventions qui ne sont pas entrées en vigueur ne seront examinées qu'en filigrane afin de mieux comprendre celles qui le sont. Les régimes en question ont déjà été étudiés par la doctrine. Or, cet examen n'a jamais été exhaustif. D'une part, la plupart des recherches existantes portent sur un régime particulier. Elles n'imaginent donc pas le régime de la responsabilité à la lumière d'une vision globale de la théorie objective. D'autre part, les rares travaux qui ont examiné la question de manière globale présentent une comparaison assez descriptive. Il y a notamment le cas des rapports de la CDI sur la question. Même si la CDI a systématiquement examiné les droits conventionnels avant de statuer sur le régime, cet examen n'est pas particulièrement approfondi. La plupart du temps, elle s'est contentée d'une comparaison descriptive entre les différentes dispositions. Il en va de même pour la thèse de N. Horbach[943] et l'ouvrage de J. Barboza[944]. La seule vraie exception est l'ouvrage de référence du professeur Dupuy qui présente une analyse approfondie de ces régimes[945]. Cependant, cet ouvrage date d'il y a presque 50 ans et n'a pas été mis à jour.

Notre étude cherche non seulement à mettre à jour la doctrine existante, mais aussi à l'approfondir. Ce travail ne peut être fait qu'en procédant à un travail systémique. L'objectif n'est pas d'examiner tous les détails techniques d'application des régimes de responsabilité. Un tel travail serait à la fois très long et relativement redondant. Au contraire, il faut mettre l'accent sur les questions fondamentales qui structurent le droit de la responsabilité : le choix du titulaire de la responsabilité, les limites à la responsabilité, les garanties et le plafonnement de la responsabilité figurent parmi ces questions.

L'examen desdites questions ne doit pas pour autant être fait de manière descriptive. Bien entendu, la critique n'est possible qu'après avoir présenté le fonctionnement de chaque système. Il est pourtant essentiel d'aller au-delà de cette simple présentation en essayant d'en tirer des conclusions plus générales. Il convient de se demander, à chaque fois, quelle est la pertinence du régime en question pour la compréhension de la responsabilité objective. L'objectif est

[943] Voy. Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, *op. cit.*, pp. 312-386.
[944] Voy. Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit.*, pp. 31-45.
[945] Dupuy (P-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique, op. cit.*, 1976.

d'effectuer une étude *bottom-up*, dessiner des traits précis, mais ne pas oublier l'esquisse générale.

Des conventions de droit privé. Dans la Première Partie, nous avons déjà expliqué la différence dans la « fonction de la responsabilité » en ce qui concerne la responsabilité objective et classique[946]. Nous estimons que cette différence influence aussi notre compréhension du régime de la responsabilité. La nature et la fonction de la responsabilité objective sont telles qu'elles laissent peu de place à la nature publique ou privée de l'entité responsable. Ce qui importe est le lien de causalité entre le dommage et la personne responsable. Par conséquent, la nature privée des conventions n'empêche pas leur importance pour la compréhension de la responsabilité objective dans le droit international public. L'étude de ces conventions est en tout cas le point de départ de toutes les études existantes qui se sont intéressées au sujet, notamment celle de la CDI.

Un régime en fonction du risque. Nous avons énoncé, dès l'introduction de la thèse, que la responsabilité objective ne se limite pas à la seule théorie du risque. Il existe d'autres circonstances qui peuvent justifier le dépassement de la théorie classique de la responsabilité basée sur le fait illicite[947]. Néanmoins, les régimes conventionnels sont limités à la seule théorie du risque, ce qui invite à la réflexion quant à leur incidence en dehors du cadre conventionnel. Malgré cette précision, il faut aussi rappeler que tous les cas d'application de la responsabilité objective ont un caractère commun, à savoir qu'ils sont tous tournés vers le dommage. De ce fait, même si la transposition à d'autres domaines des règles conventionnelles étudiées n'est pas automatique, ces règles présentent toujours un intérêt certain pour la théorie de la responsabilité en général.

Le plan. Dans ce titre, nous allons examiner les régimes conventionnels en vigueur qui prévoient la responsabilité objective. Il existe d'autres régimes conventionnels qui ne sont jamais entrés en vigueur. Ils seront examinés en filigrane sans pour autant se voir attribuer un titre indépendant. Les régimes en vigueur peuvent être regroupés sous deux catégories clairement distinctes. Il existe, d'une part, le régime spatial qui prévoit une responsabilité étatique et absolue (Chapitre 5). Il existe, d'autre part, les régimes privés qui prévoient une responsabilité simplement stricte (Chapitre 6). Bien entendu, la deuxième Section sera plus conséquente que la première, mais la différence fondamentale entre les deux catégories nous interdit toute autre combinaison des régimes étudiés.

---

[946] Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2.
[947] Voy. notamment *supra* Chapitre 2.

Chapitre 5 : Le régime de la responsabilité étatique

Un régime construit sur un besoin de protection. À ce jour, la seule convention ayant prévu une responsabilité objective véritablement étatique est celle de 1972 sur la responsabilité spatiale. Elle a été adoptée dans un contexte politico-sécuritaire particulière qui a justifié des choix normatifs assez radicaux pour leur temps. À l'époque des premiers lancements spatiaux, les activités spatiales étaient si fantasmées que l'on pouvait peut-être douter de la nécessité de leur encadrement juridique. Désormais cette perception est largement révolue. Le nombre de plus en plus important de lancements spatiaux et la privatisation importante des activités spatiales ont contribué à la banalisation de ces activités. Nous constatons aussi, de plus en plus, les effets dommageables de ces activités sur Terre et dans l'espace[948]. Ces exemples, comme tant d'autres rappelés par la doctrine, démontrent le besoin d'un encadrement juridique des dommages pouvant être causés par les engins spatiaux, sur Terre comme dans l'espace.

Les particularités du droit de l'espace. Le droit régissant les activités spatiales a pour particularité de concerner essentiellement les zones ne relevant d'aucune souveraineté étatique. À l'image de la haute mer et de la Zone, l'espace extra-atmosphérique ne peut pas faire l'objet d'une appropriation nationale[949]. Les activités spatiales recouvrent donc deux zones bien distinctes. Elles se déroulent soit sous la juridiction des États soit dans l'espace extra-atmosphérique en dehors de ces zones. Dans le deuxième cas de figure, ces activités se déroulent dans un environnement qui échappe à la souveraineté territoriale et à la juridiction des États, même si ces derniers maintiennent leur juridiction sur les engins spatiaux qu'ils ont immatriculés[950]. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le régime des Conventions de responsabilité aérienne (les Conventions de Paris et de Chicago), basé sur le principe de souveraineté ne correspond pas au droit spatial[951].

Une activité ultra-hasardeuse. Les activités spatiales sont encore aujourd'hui parmi les activités industrielles ultra-dangereuses. Selon une étude, 95 % des risques liés au lancement dérivent du lanceur et 5 % seulement du satellite lui-même[952]. Ces risques sont notamment dus

---

[948] Nous avons déjà vu l'ampleur des dommages que ces activités sont susceptibles de produire. Voy. *infra* Chapitre 2, Section 1.

[949] Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes (ci-après Traité de l'espace), Article II.

[950] L'article VIII du Traité de l'espace.

[951] Voy. dans le même sens Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, pp. 46-47. Dupuy apporte d'ailleurs une liste des membres de la doctrine et de sociétés savantes qui avaient soutenu une responsabilité objective dans le domaine spatial. Ils avaient à l'esprit le modèle des conventions nucléaires et aériennes.

[952] Kayser (V.), *Launching space objects: issues of liability and future prospects*, Dordrecht, Kluwer, 2001, p. 6.

à la complexité technologique de l'activité de lancement. Le lanceur, le satellite et même l'infrastructure terrestre de lancement sont des produits industriels ultra-complexes, composés d'un très grand nombre de pièces et exigeant une grande maîtrise technologique[953]. Cette complexité ajoutée à l'usage possible des matériels nucléaires augmente considérablement le niveau de risque lié aux activités spatiales[954]. Face à ce niveau de complexité, les victimes auraient beaucoup de mal à prouver le fait illicite à l'origine du dommage subi.

L'encadrement juridique de la responsabilité dans les conventions. La question de la responsabilité a d'abord été examinée dans le Traité de 1967 sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes. Les articles VI et VII du traité donnent une première version de la question de la responsabilité sans préciser son fondement. L'article VI prévoit que les États ont l'obligation de veiller au respect des normes du Traité, quelles que soient les structures de lancement (publiques ou privées). L'article VII prévoit que tout État de lancement est responsable « du point de vue international des dommages causés par ledit objet ou par ses éléments constitutifs, sur la terre, dans l'atmosphère ou dans l'espace extra-atmosphérique »[955]. Ces règles générales ont ensuite été complétées par la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux.

Le double régime de responsabilité. La Convention spatiale prévoit deux régimes distincts en fonction du lieu où le dommage a été subi. Il s'agit d'une responsabilité objective absolue si le dommage a été subi à la surface de la Terre ou aux aéronefs en vol[956]. Il s'agit d'une responsabilité classique pour tout autre dommage[957]. En outre, les dommages subis par les autres objets spatiaux, ailleurs que sur la surface de la Terre, sont aussi soumis à la responsabilité classique[958]. Nous verrons les détails de ces régimes dans les paragraphes suivants.

Pour connaître le régime de la Convention, il faut se pencher sur le choix de la personne responsable (Section 1), le fondement de la responsabilité (Section 2) et les questions de procédure et du droit applicable (Section 3). Cette dernière question n'a qu'une place

---

953 Pour un exposé technique du niveau de complexité voy. *ibid*, pp. 5-7.
954 Pour un débat approfondi de la notion du risque dans les activités spatiales voy. *ibid.*, pp. 2-17.
955 Voy. dans le même sens les points 5 et 8 de la Résolution 1962 (XVIII) des Nations Unies, Déclaration de Principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, 13 décembre 1963.
956 Article II.
957 Article III.
958 *Ibid.*

subsidiaire dans le Chapitre 6, car il concerne des questions purement privées de la procédure. Il ne peut pourtant pas être négligé pour le seul régime authentiquement public.

Section 1. Le choix de la personne responsable

La Convention de 1967 a établi le cadre général de la responsabilité spatiale (§1). Ces règles ont ensuite été précisées par la Convention de 1972 (§2).

§1 Le cadre général : Traité sur l'espace

La responsabilité du fait du lancement d'un objet spatial. L'article VII de la Convention de 1967 a prévu la règle générale de la responsabilité qui a ensuite été précisé par la Convention de 1972. Il prévoit la responsabilité de l'État de lancement pour tout dommage créé par l'objet spatial, qu'il soit causé sur la Terre, dans l'atmosphère ou dans l'espace extra-atmosphérique. Il n'a pourtant pas prévu le fondement et les modalités de cette responsabilité qui ont été donnés par les articles II et III de la Convention sur la responsabilité spatiale.

La responsabilité du fait des « activités nationales ». L'article VI de la Convention a prévu la responsabilité des États parties du fait « des activités nationales… qu'elles soient entreprises par des organismes gouvernementaux ou par des entités non gouvernementales »[959]. Au contraire de l'article VII, cet article porte uniquement sur les activités spatiales dans l'espace extra-atmosphérique. En outre, son champ d'application est plus large que l'article VII et ne se limite pas aux seuls États de lancement.

L'article dispose que les activités des entités privées dans l'espace extra-atmosphérique doivent faire l'objet d'une autorisation et d'une surveillance continue de la part de « l'État approprié partie au Traité »[960]. La Convention ne précise pas le sens exact « des activités nationales » ni de « l'État approprié ». La doctrine majoritaire a défini les activités nationales comme étant celles qui sont entreprises depuis le territoire d'un État, par ses ressortissants ou depuis les navires, les aéronefs et les objets spatiaux qu'il a immatriculés[961]. La deuxième notion, l'État approprié, a été défini comme celui qui peut exercer sa juridiction sur les activités des personnes privées[962].

Au contraire de l'article VII, l'article VI se base clairement sur la responsabilité classique :

> « Les activités des entités non gouvernementales dans l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, doivent faire l'objet d'une autorisation et d'une surveillance continue de la part de l'État approprié partie au Traité. »

---

[959] Article VI.
[960] *Ibid.*
[961] Kyriakopoulos (G. D.), Manoli (M.), *The Space Treaties at Crossroads - Considerations de Lege Ferenda*, Springer, 2019, p. 83.
[962] *Ibid.*

La responsabilité de l'État est engagée en fonction de cette « surveillance continue » et de son obligation de faire respecter les dispositions de la Convention. Malgré ce fondement classique, l'article semble exiger un niveau élevé de diligence, ce qui pourrait *de facto* résulter dans une responsabilité automatique. En effet, il ne fait pas de distinction entre les activités publiques et privées et énonce la responsabilité de l'État pour l'ensemble de ces « activités nationales »[963]. La Convention précise aussi qu'en cas de lancement par une organisation internationale, la responsabilité incombera à la fois à l'organisation et à l'État partie au Traité[964].

§2 Des précisions ultérieures : la Convention de 1972

La justification extrajuridique. La Convention de 1972 est à maints égards une convention spéciale, sinon exceptionnelle, en droit international[965]. L'une de ses spécificités réside dans la « canalisation » de la responsabilité sur le(s) seul(s) État(s) de lancement. À cet égard, les États ont accepté une responsabilité générale, peu importe si la structure de lancement leur appartient ou qu'elle est strictement privée[966].

Le choix de la Convention peut être mis en doute en ce qu'il correspond aux réalités d'un autre temps. Au départ, l'Union soviétique et ses alliés ne voulaient pas d'une présence non étatique dans l'espace pour des raisons qui sont simples à comprendre. Elle a donc insisté pour prévoir un régime purement public[967]. À part la disparition de la vision propre de l'ex-URSS, la nature même des activités spatiales a changé. Quand on lit la doctrine de l'époque, il semble qu'elle

---

[963] En effet, l'article VI met l'accent sur la responsabilité de l'État en faisant abstraction de l'éventualité d'une faute propre de l'exploitant privé :
« Article VI
Les États parties au Traité ont la responsabilité internationale des activités nationales dans l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, *qu'elles soient entreprises par des organismes gouvernementaux ou par des entités non gouvernementales*, et de veiller à ce que les activités nationales soient poursuivies conformément aux dispositions énoncées dans le présent Traité. Les activités des entités non gouvernementales dans l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, doivent faire l'objet d'une autorisation et d'une surveillance continue de la part de l'État approprié partie au Traité. »
Italiques ajoutés.

[964] Article VI.

[965] Couston (M.), *Droit spatial*, Ellipses, Paris, 2014, pp. 76-77.

[966] Article II.

[967] Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p. 59.

était plutôt favorable à ce principe[968]. La justification qui est avancée est qu'il s'agit d'un domaine de pointe, hautement sensible qui traite directement de l'intérêt sécuritaire des États[969]. Cette justification est, elle aussi, partiellement dépassée. Cette vision de la technologie remonte à une période où l'activité spatiale était une activité exclusivement étatique et largement fantasmée. Désormais l'on vit dans un monde où une multitude d'acteurs publics (étatiques ou interétatiques[970]) et privés[971] s'aventurent dans l'espace sans pour autant menacer les intérêts sécuritaires des États. L'on peut même parler d'une « banalisation » des activités spatiales du fait de leur usage beaucoup plus récurrent de nos jours[972]. De ce fait, avec le changement du contexte, à la fois politique et technologique, les choix conventionnels semblent de plus en plus dépassés.

La responsabilité absolue de l'État de lancement. Sur le plan technique, l'article VII de la Convention prévoit la responsabilité absolue de l'État de lancement pour tout dommage causé par un objet spatial. L'État de lancement est quant à lui défini à l'article I-c) comme suit :

> « i) Un État qui procède ou fait procéder au lancement d'un objet spatial ;
> ii) Un État dont le territoire ou les installations servent au lancement d'un objet spatial ; »

De là résulte une triple possibilité pour un État de lancement[973]. Premièrement, il peut s'agir de l'État qui lance un objet lui-même. Deuxièmement, l'État qui commande le lancement d'un objet à une autre personne publique ou privée. Troisièmement, l'État qui met à disposition son territoire ou ses installations[974]. La doctrine a déjà souligné que ces trois catégories étaient loin d'être précises[975]. La difficulté principale réside dans la définition de l'État qui « fait procéder » au lancement. La Convention ne donne aucune information complémentaire quant au sens exact

---

[968] *Ibid*, pp. 59-60.
[969] Voy. Jenks (W.), *Space Law*, Stevens & Sons, Londres, 1965, p. 211 cité *in* Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p. 60.
[970] Voy. par exemple les activités de l'Agence Spatiale Européenne (agence intergouvernementale).
[971] Aujourd'hui, l'on peut mentionner notamment SpaceX et BlueOrigin (sociétés privées). À l'heure actuelle, il existerait 36 groupes privés actifs dans le domaine spatial. Nous attendons un nombre de plus en plus important d'activités spatiales privées avec l'entrée sur ce marché de grandes multinationales telles que Google et des milliardaires américains par exemple Jeff Bezos.
[972] Voy. Maisonnave (S.), « Tourisme spatial et responsabilité internationale de l'État », chronique des faits internationaux, *RGDIP*, Tome 123, 2019, n° 2, pp. 428-430.
[973] Une ambiguïté non nécessaire a été ajoutée dans la terminologie du droit spatial par l'Accord sur le sauvetage et le retour des astronautes de 1968. Cette dernière ajoute la notion de « l'autorité de lancement ». Pourtant, la définition présentée par l'article 6 de ladite Convention semble être la même que l'État de lancement, d'où la futilité du concept. D'ailleurs il est intéressant de remarquer que ladite Convention ne définit ce terme clé qu'à l'article 6 ! Voy. à ce propos Couston (M.), *Droit spatial*, *op. cit.*, p. 78.
[974] Voy. aussi Cherkaoui (H.), *Droit de l'air et de l'espace*, Lextenso, Tunis, 2022, pp. 226-229.
[975] Par exemple, selon Mathias Forteau la définition de l'État de lancement est loin d'être précise, car chacune de ces catégories doit, elle-même, être définie. Forteau (M.), « Space law » *in* Crawford (J.), Pellet (A.), Olleson (S.) (eds.), *The Law of International Responsibility*, *op. cit*., p. 904. Pour l'analyse de la notion de l'État de lancement voy. aussi Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public*, *op. cit.*, pp. 322-327.

de « faire procéder »[976]. Kayser apporte l'exemple d'un État qui achète un satellite clé en main (*turn-key contract*)[977]. Cet État pourrait être considéré comme un État de lancement car le lancement fait partie d'un ensemble d'opérations nécessaires pour la mise en service du satellite. Néanmoins, l'État concerné peut réfuter cette qualification en expliquant qu'il a seulement acheté le satellite et non pas le service de lancement. Un autre exemple est celui d'un État qui loue un service quelconque, par exemple un transpondeur, à un autre État qui est effectivement en charge du lancement[978]. Le bailleur pourrait contester sa responsabilité en évoquant son rôle limité et l'absence de participation au lancement en tant que tel.

La version anglaise du texte ne permet pas de résoudre le problème non plus. Elle évoque un État qui « *procures the launching of a space object* », ce qui n'est guère plus précis que le texte français. Selon Kayser, dans l'hypothèse d'un différend, il appartient à l'État défendeur de prouver qu'il échappe à la définition de l'État de lancement. En rappelant les négociations diplomatiques menant à l'adoption de la Convention, il est d'avis que la Convention est avant tout motivée par la protection des victimes. Par conséquent, la charge de la preuve serait inversée[979]. *In fine* la Convention présente un critère très large qui permet d'attribuer la responsabilité à une multitude d'acteurs en même temps. Il faut aussi préciser que cette disposition inclut la tentative de lancement même si elle a échoué[980]. En effet ces tentatives peuvent se révéler aussi dévastatrices qu'un lancement « réussi ».

Le rapport avec l'immatriculation. Selon N. Aloupi, l'État de lancement devrait être remplacé par l'État d'immatriculation « de manière à permettre une véritable canalisation (non exclusive) de la responsabilité »[981]. Selon elle, à l'époque de la rédaction de la Convention, le concept d'État d'immatriculation comme un État distinct de l'État de lancement, n'était pas nécessaire. Au moment de l'adoption de la Convention, les activités spatiales étaient un monopole étatique limité à un petit nombre d'États développés. Avec les évolutions récentes de l'industrie spatiale, l'immatriculation devrait être expressément considérée comme le critère de rattachement d'un objet spatial à l'État internationalement responsable[982]. Cela étant, elle a reconnu les risques d'une canalisation exclusive de la responsabilité sur le seul État

---

[976] Pour une analyse de cette notion voy. Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public*, *op. cit.*, pp. 225-232, 322-327.
[977] Kayser (V.), *Launching space objects: issues of liability and future prospects*, *op. cit.*, p. 36.
[978] *Ibid.*
[979] *Ibid.*, pp. 35-36.
[980] Voy. l'article I-b) de la Convention de 1972. Voy. aussi Lachs (M.), *The Law of Outer Space -An Experience in Contemporary Law-Making,* Boston-Leiden, Martinus Nijhof, 2010, p. 114.
[981] Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public, op. cit.*, p. 235.
[982] *Ibid.*, pp. 324-325.

d'immatriculation. Ces risques tiennent, entre autres, de la possibilité d'une évolution vers les « États spatiaux de complaisance ». Dès lors, la responsabilité solidaire avec d'autres personnes responsables, notamment les (autres) États de lancement, permettrait de protéger les victimes tout en retenant un critère plus simple d'établissement de l'imputabilité, à savoir l'immatriculation de l'engin spatial[983].

L'obligation d'assurance. Malgré la position du droit international qui ne reconnaît que la responsabilité des États, ces derniers sont libres de prévoir l'obligation d'assurance dans leurs droits internes. La Convention de 1972 ne fait aucunement référence à l'obligation d'assurance ni de plafond de responsabilité. Les États sont pourtant libres de prévoir l'une et l'autre en vertu de leur législation nationale. Dans les faits, les États exigent systématiquement la souscription d'une assurance avant d'autoriser les activités spatiales par les personnes privées[984]. D'ailleurs, la majorité d'entre eux prévoient une responsabilité plafonnée[985]. Il est intéressant à noter aussi que dans certaines législations nationales, ces assurances sont prévues « au bénéfice » de l'État de lancement qui devra assumer la responsabilité internationale[986]. Il est à noter que ces législations internes sont sans préjudice des droits des victimes qui pourront demander l'intégralité du dommage subi de l'État de lancement.

Une responsabilité solidaire. Encore plus qu'un critère large, la Convention prévoit une responsabilité solidaire et non hiérarchisée[987]. Par conséquent, la victime peut se tourner vers n'importe lequel des États de lancement pour obtenir *l'intégralité* des dommages subis. Comme souvent dans les responsabilités solidaires, cet État pourra ensuite se tourner vers les autres pour se faire rembourser[988]. Cependant, la Convention ne donne pas de critère quant à cette action secondaire. La réponse est simple, lorsque les États ont prévu les règles de ce partage en amont, de manière conventionnelle[989]. Elle est beaucoup plus complexe à défaut d'une telle précision. Dans ce cas, la solution la plus appropriée nous semble être celle qui a déjà été retenue en droit de la responsabilité classique. Le principe en droit international est l'autonomie de la

---

983 *Ibid.*, pp. 325-326.
984 Pour des détails fort intéressants concernant les droits internes voy. Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en* droit international public, *op. cit.*, pp. 358-359.
985 *Ibid.*, p. 359.
986 Pour l'exemple australien voy. *ibid.*, p. 358.
987 Article V§ 1.
988 Article V§ 2. Voy. aussi Peyrefitte (L.), *Droit de l'espace*, Paris, Dalloz, 1993, pp. 144-145.
989 Un exemple est celui du Chili qui avait accepté d'assumer seul toute la responsabilité concernant le satellite *Fasat-Bravo*. Le lancement avait été effectué par une agence spatiale russe de la part d'une entreprise anglaise. Cependant, cette entreprise agissait comme représentant de l'armée de l'air chilienne.
Forteau (M.), « Space law », *op. cit.*, p. 905.

responsabilité[990]. Selon ce principe, chaque état est responsable séparément, en fonction de son comportement. Par conséquent, la part de chaque État de lancement dépendra de son implication dans la création du dommage[991].

Des critères généreux, mais critiquables. Dans cette thèse, nous avons plaidé pour la convergence des règles du droit de la responsabilité classique à la responsabilité objective[992]. Cela dit, il n'y a aucun doute sur le fait que la responsabilité classique est toujours la forme principale de la responsabilité internationale. De ce fait, la convergence des deux régimes ne peut qu'être soutenue à moins qu'il y ait une raison valable pour y déroger.

Dans le droit spatial, la motivation des critères généreux de la Convention qui dérogent aux règles de la responsabilité classique réside dans la nature de l'activité en question. Au moment de l'adoption de la Convention, les activités spatiales étaient des activités véritablement extraordinaires. La nature de ces activités ajoutée aux craintes sécuritaires des États ont convaincu les États de prendre toutes les précautions nécessaires afin d'éviter un dommage non réparé. Ces critères sont certainement intéressants en ce qu'ils augmentent les chances des victimes pour être entièrement indemnisées. Cependant, ils ne sont pas dépourvus de toute critique. Par exemple, sur la technique de la responsabilité, il n'est pas certain que le simple fait de laisser utiliser son territoire, sans qu'il y ait négligence, suffit pour retenir une responsabilité absolue de l'État d'accueil[993]. En outre, sur un plan pragmatique, en retenant un critère si large, ce choix risque de dissuader la coopération internationale en matière spatiale[994].

Le cas des organisations internationales. La Convention prévoit aussi le cas du lancement par une organisation internationale. Dans ce cas, l'organisation est traitée comme un État de lancement sous deux conditions. Premièrement, il faut que l'organisation déclare accepter les règles prévues par la Convention. Deuxièmement, au moins la moitié des États membres de

---

[990] Les Commentaires de 2001, les commentaires à l'article 47, § 3, p. 338. Selon ce commentaire :
« Il importe de ne pas partir du principe que les notions et règles du droit interne en la matière sont directement transposables dans le droit international. Des expressions comme responsabilité "conjointe" ou "solidaire" ou "*joint and several responsability"* sont issues de traditions juridiques différentes et toute analogie doit être maniée avec prudence. En droit international, le principe général, en cas de pluralité d'États responsables, est que chaque État est séparément responsable du comportement qui peut lui être attribué au sens de l'article 2. Ce principe d'autonomie de la responsabilité reflète la position du droit international général, en l'absence de convention contraire entre les États concernés. »

[991] Voy. *infra* Titre IV, Chapitre 8 sur les règles d'attribution.

[992] Voy. l'introduction de la thèse.

[993] Voy. aussi Forteau (M.), « Space law », *op. cit.*, pp. 905. Forteau ajoute aussi que la définition large de l'État de lancement risque de mettre sur un pied d'égalité les États qui n'ont pas les mêmes intérêts dans le lancement.

[994] Voy dans ce sens, Peyrefitte (L.), *Droit de l'espace*, *op. cit.*, p. 144. Selon cet auteur, ce critère est « suffisamment large pour devoir être interprété strictement ». Par conséquent, si un État tiers fournit une assistance minime, par exemple des services scientifiques subsidiaires, il ne doit pas être compris comme un État de lancement.

l'organisation doivent être parties au Traité de l'espace de 1967 et à la Convention sur la responsabilité de 1972[995]. Selon une partie de la doctrine[996], la deuxième condition, pour étrange qu'elle puisse paraître, était nécessaire, car la Convention prévoyait la responsabilité solidaire des États membres avec l'organisation. La question avait été longuement discutée au sein du CUPEEA[997], mais l'accord finalement obtenu consiste à retenir une responsabilité solidaire avec la priorité de l'organisation internationale[998]. Autrement dit, les victimes doivent d'abord se tourner vers l'organisation internationale. Ce n'est que si cette organisation n'a pas versé la somme due dans un délai de six mois, qu'elles vont pouvoir agir contre les États membres qui sont parties à la Convention de 1972[999].

La reconnaissance de la responsabilité des organisations internationales ne doit cependant pas être interprétée comme une égalité entre ces entités et les États. En effet, la ratification, l'évolution et la dénonciation de la Convention dépendent exclusivement des États. Premièrement, la ratification et l'adhésion à la Convention sont limitées aux États[1000]. Cette différence initiale ne semble pas décisive, car les États peuvent toujours exprimer leur acceptation de la Convention. Deuxièmement, les organisations internationales n'ont pas la possibilité de demander la révision de la Convention[1001], ni d'accepter ou de rejeter les amendements qui y sont apportés[1002]. Selon certains auteurs, cette restriction n'empêche pas les organisations d'accepter ces amendements, tout comme ils peuvent accepter les règles de la Convention[1003]. Toutefois, cette doctrine souligne également les risques de confusion qui pourraient surgir si une organisation internationale prenait une décision qui ne serait pas suivie par l'ensemble de ses États membres[1004]. Dans un tel cas, il pourrait en résulter l'application de règles divergentes au sein de l'organisation elle-même.

Troisièmement, la Convention ne prévoit pas la possibilité de dénonciation pour les organisations internationales[1005]. Selon une partie de la doctrine, une fois que l'organisation a

---

995 Article XXII§1.
996 Forteau (M.), « Space law », *op. cit.*, p. 906.
997 Le Comité des Nations Unies pour l'utilisation pacifique de l'espace extra-atmosphérique.
998 Peyrefitte (L.), *Droit de l'espace*, *op. cit.*, p. 145.
999 Article XXII§3. Cette règle (la responsabilité première de l'organisation) est d'ailleurs plus compatible avec le principe de l'autonomie des organisations internationales. Voy. aussi Jenks (W.), rapporteur, Le régime juridique de l'espace, *Annuaire de l'Institut de droit internationa*l, 1963, p. 3.
1000 Article XIV de la Convention de 1972.
1001 Article XXV.
1002 Article XXVI.
1003 Kayser (V.), *Launching space objects: issues of liability and future prospects*, *op. cit.*, pp. 39-40.
1004 *Ibid.*
1005 Article XXVII.

accepté la Convention, elle ne pourrait plus revenir sur sa décision[1006]. Cette interprétation mérite d'être questionnée. Si une organisation internationale est en mesure d'accepter les règles de la Convention, ne pourrait-elle pas également déclarer sa dénonciation ? Il n'existe pas de réponse définitive à cette question. *In fine* l'application de la Convention aux organisations internationales comporte de nombreux risques, qui ne peuvent être atténués que par la précision des conditions et des modalités encadrant le rôle de ces organisations vis-à-vis de la Convention.

L'obligation d'immatriculation. Un autre instrument qui peut faciliter la tâche des victimes est la Convention de 1975 sur l'immatriculation des objets spatiaux[1007]. Cet instrument crée une obligation d'immatriculation pour tout objet spatial[1008]. Selon la Convention, si le lancement est fait par un seul État, l'obligation d'immatriculation lui revient[1009]. S'il s'agit de plusieurs États, ils doivent convenir entre eux de l'État d'immatriculation[1010]. L'État d'immatriculation doit tenir un registre d'immatriculation dont l'essentiel des informations est transmis au Secrétaire général des Nations Unies et accessibles au public[1011]. Bien entendu, cette obligation facilite la reconnaissance de l'État de lancement et d'autres États impliqués. En outre, la Convention de 1975 prévoit une obligation d'assistance mutuelle si un dommage a été causé par un objet spatial. Si l'État victime n'arrive pas à identifier l'objet spatial à l'origine du dommage, les autres États parties devront lui prêter assistance en vue d'identifier l'objet concerné[1012].

[1006] Kayser (V.), *Launching space objects: issues of liability and future prospects*, *op. cit.*, p. 40.
[1007] La Convention sur l'immatriculation des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique a été adoptée en 1974 par l'AGNU. Elle a été ouverte à la signature en 1975 et est entrée en vigueur le 15 septembre 1976. Pour une analyse approfondie des rapports entre l'État d'immatriculation et l'engin spatial voy. Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public*, *op. cit.*
[1008] L'article II§1 de la Convention de 1975.
[1009] *Ibid*.
[1010] Article II§2.
[1011] Les articles II, III et IV.
[1012] Article VI.

Conclusion de la Section 1

Un choix et des définitions imparfaites. Même si le Traité sur l'espace fournit des indices quant au choix de la personne responsable, la définition précise dépend toujours de la Convention de 1972. En réalité, le Traité sur l'espace utilise des termes vagues (« État national » et « État approprié ») qui nécessitaient d'être précisés. C'est ce qu'on a cherché à accomplir en adoptant la Convention de 1972, qui constitue en fait un *lex specialis*. Cet effort de précision a été en partie réussi : désormais, on retient la définition de l'« État de lancement », qui est au moins explicitée. Néanmoins, cette définition est elle-même sujette à débat et largement critiquée. En effet, la définition de l'« État de lancement » reste imprécise, et la Convention n'a pas clarifié son rapport avec l'« État d'immatriculation ». De plus, la définition adoptée est tellement large qu'elle soulève des questions quant à sa pertinence et à ses conséquences pratiques.

Un choix exceptionnel. Le choix opéré par la Convention reste, à bien des égards, remarquable et exceptionnel en droit international. À notre connaissance, cette Convention est la seule à avoir retenu la responsabilité absolue de l'État de lancement, sans considération pour les personnes privées. Même si les activités spatiales demeurent parmi les activités ultra-hasardeuses, ce choix est si radical qu'il semble voué à disparaître avec le temps. Avec la « banalisation » progressive des activités spatiales, les positions les plus radicales de la Convention ne peuvent que s'effacer au profit de régimes plus modérés et plus proches des autres systèmes de responsabilité objective. Cela étant, dans l'état actuel des choses, les positions de la Convention sont avant tout très protectrices des victimes. Par conséquent, le besoin le plus urgent réside dans la clarification des termes clés, et non dans une modification profonde de la logique conventionnelle.

Section 2. Le double fondement de la responsabilité

La Convention de 1972 présente un cas unique en droit international, en ce qu'elle est la seule à avoir prévu une responsabilité absolue étatique. Dans cette Convention, deux ordres de responsabilités coexistent. L'article II de la Convention prévoit une responsabilité absolue si le dommage est subi à la surface de la Terre ou par les aéronefs en vol[1013] (§1). Au contraire, l'article III prévoit une responsabilité pour faute au cas où le dommage est subi ailleurs qu'à la surface de la Terre ou par un aéronef en vol[1014] (§2).

§1 Une responsabilité étatique absolue

Une responsabilité purement étatique. La Convention spatiale est à notre connaissance la seule qui ait prévu une telle responsabilité. Cette règle est prévue dans l'article II qui se lit comme suit :

> « Un État de lancement a la responsabilité absolue de verser réparation pour le dommage causé par son objet spatial à la surface de la Terre ou aux aéronefs en vol. »

Ce qui est le plus remarquable est le caractère purement étatique de la responsabilité. Autrement dit, en ce qui concerne le droit international, l'on fait abstraction de l'entité privée qui aurait été impliquée dans le lancement. La responsabilité internationale revient toujours à l'État de lancement. Cela n'empêche qu'en réalité, la plupart des États spatiaux prévoient une obligation d'assurance pour les entités privées agissant sous leur juridiction[1015]. Cependant, la responsabilité étatique retrouve toute son importance quand on se rappelle que l'État aura toujours une responsabilité complémentaire si les assurances n'étaient pas à la hauteur des dommages subis[1016].

[1013] *Ibid*.
Un État de lancement a la responsabilité absolue de verser réparation pour le dommage causé par son objet spatial à la surface de la Terre ou aux aéronefs en vol.
[1014] Art. III
En cas de dommage causé, ailleurs qu'à la surface de la Terre, à un objet spatial d'un État de lancement ou à des personnes ou à des biens se trouvant à bord d'un tel objet spatial, par un objet spatial d'un autre État de lancement, ce dernier État n'est responsable que si le dommage est imputable à sa faute ou à la faute des personnes dont il doit répondre.
[1015]Aux États-Unis par exemple, et malgré le silence de la Convention, toute personne à l'origine de lancement doit présenter une garantie financière pour les questions de la responsabilité. Voy. par exemple Christol, (C. Q.), « International Liability for Damage Caused by Space Objects », *Am. J. Int'l L.*, vol.74, n° 2, 1980, pp. 346-371, p.350.
[1016] Voy. dans ce sens, Forteau (M.), « Space law », *op. cit.*, p. 905.

Cette responsabilité repose clairement sur la théorie du risque[1017]. Au moment de l'adoption de la Convention, les États ne pouvaient pas prévoir l'ampleur exacte des effets dévastateurs des activités spatiales. Les protections offertes par la Convention visaient à rassurer à la fois les États de lancement et les États tiers. C'est d'ailleurs ce fondement théorique qui justifie la différence des règles de fond en fonction du lieu du dommage et du risque partagé[1018].

La portée de la règle. Cette responsabilité s'applique sans doute si l'État de lancement et l'État victime sont tous les deux parties à la Convention spatiale. En revanche, il n'est pas clair si elle s'applique si l'un ou l'autre des États, voire les deux, n'étaient pas parties à la Convention. Il peut être prétendu que la Convention prévoit un régime préférentiel qui ne peut bénéficier qu'aux États parties. Néanmoins la Convention est en réalité silencieuse sur la question de réciprocité. En outre, la généralité de la formulation de l'article II pourrait être comprise comme évoquant la responsabilité de l'État de lancement nonobstant le statut de la victime. En outre, en sachant que toutes les puissances spatiales sont parties à la Convention, il y a une vraie possibilité que cette règle soit admise comme ayant une valeur coutumière[1019]. L'existence d'une telle règle dépend de la pratique étatique et de l'*opinio juris* dans le domaine spatial qui dépassent le seul cadre conventionnel. Cela dit, un jugement définitif exige une recherche à part entière. Il faut d'ailleurs souligner que la réponse à cette question ne dépend pas de notre conclusion sur la valeur coutumière de la responsabilité objective pour les activités à risque. Dans le Chapitre 2 de notre recherche, nous avons examiné le principe même de la responsabilité objective, c'est-à-dire une responsabilité sans la preuve de l'illicéité. Dans la disposition examinée, il est question de la forme la plus vigoureuse de la responsabilité objective (une responsabilité véritablement absolue) dont la valeur coutumière doit être établie séparément.

Une responsabilité absolue. Un autre caractère remarquable est le caractère absolu de la responsabilité auquel on ne peut déroger qu'en cas de faute lourde, voire intentionnelle, de la victime. Cela étant, il s'agit d'une forme très poussée et par conséquent très protectrice des victimes. Nous avons déjà expliqué[1020] que la différence entre la responsabilité absolue et stricte réside dans les cas d'exonération. Autrement dit, cette convention ne reconnaît pas les cas

---

[1017] Pour une discussion plus approfondie de cette question notamment dans les négociations diplomatiques menant à l'adoption de la Convention voy. Lachs (M.), *The Law of Outer Space- An Experience in Contemporary Law-Making*, *op. cit.*, pp. 113-125.

[1018] Voy. *infra* §2.

[1019] Pour une opinion contraire voy. Kayser (V.), *Launching space objects: issues of liability and future prospects*, *op. cit.*, p. 41.

[1020] Voy. *supra*, l'introduction de la thèse.

classiques d'exonération prévue dans d'autres conventions[1021], à savoir notamment la *force majeure* et les conflits armés. La seule exonération possible est un cas qui ne peut pas être considéré comme une véritable exception à la responsabilité. Il s'agit plutôt d'une mesure de bon sens. En effet, la Convention prévoit[1022] qu'un État de lancement est exonéré si le dommage est créé à cause d'un acte intentionnel de la victime. Il est inutile de voir ici une quelconque exception à la responsabilité en ce qu'une victime fautive et mal intentionnée ne peut de toute façon pas être indemnisée. Une telle indemnisation est contraire au principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*[1023]. Nous n'allons donc pas nous attarder sur les conséquences d'une telle faute dans la mise en œuvre de la réparation[1024].

La responsabilité est également absolue en ce qui concerne le montant de la réparation. Dans le chapitre suivant, nous verrons que la plupart des régimes de responsabilité objective prévoient un plafond de responsabilité. Ce plafonnement constitue la contrepartie de la suppression de l'exigence d'un fait illicite. Malgré des propositions faites en ce sens lors des négociations diplomatiques[1025], la Convention n'a retenu aucun plafond pour la responsabilité des États parties.

Une exception critiquable. Au-delà de ce cas de figure principal, la Convention prévoit aussi une responsabilité véritablement absolue. Selon la Convention :

> « Aucune exonération, quelle qu'elle soit, n'est admise dans les cas où le dommage résulte d'activités d'un État de lancement qui ne sont pas conformes au droit international, y compris, en particulier, à la Charte des Nations Unies et au Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes. »[1026]

Cela étant, la responsabilité n'est soumise à aucune exception (même pas la faute intentionnelle de la victime) si l'activité spatiale en question n'est pas conforme au droit international. Il faut d'abord préciser que cette disposition ne met pas en question la nature objective de la responsabilité. Elle ne vise donc pas la diligence due, mais la nature de l'activité en question. L'objectif est d'aggraver la responsabilité des États qui dérogent aux principes régissant le droit international, notamment celui de l'utilisation pacifique de l'espace. Certains dans la doctrine soutiennent ce principe en qualifiant les violations issues de l'article VI comme étant d'ordre

---

[1021] Voy. *infra* le fondement de la responsabilité dans les trois autres régimes.
[1022] L'article VI§1.
[1023] Le principe est traduit littéralement par « nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude. »
[1024] Pour un exemple de ce débat voy. Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p. 72.
[1025] Voy. Lachs (M.), *The Law of Outer Space- An Experience in Contemporary Law-Making*, *op. cit.*, p. 117.
[1026] Article VI§2.

public[1027]. Nous ne pouvons pas adhérer à cette interprétation pour deux raisons. Premièrement, cette disposition s'applique pour toutes les activités « qui ne sont pas conformes au droit international ». Il s'agit d'une disposition générale qui n'est pas limitée à la violation des seules normes « d'ordre public ». N'importe quelle activité en violation du droit international résulte dans une responsabilité absolue. Deuxièmement, la raison fondamentale derrière le principe *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* est toujours valable, même si l'État de lancement a été en violation du droit international. Autrement dit, une victime (gravement) fautive ne peut de toute façon pas prétendre à la réparation, nonobstant le comportement de l'État responsable.

La portée de la responsabilité absolue. La règle énoncée à l'article II de la Convention spatiale s'applique sans ambiguïté lorsque l'État de lancement et l'État victime sont tous deux parties à ladite Convention. Cependant, il demeure incertain si cette règle s'applique également dans le cas où l'un des États, ou les deux, ne seraient pas parties à la Convention. Il pourrait être avancé que la Convention instaure un régime préférentiel, dont seuls les États parties peuvent bénéficier. Néanmoins, la Convention reste silencieuse quant à la question de la réciprocité. En outre, la formulation générale de l'article II, qui stipule que « l'État de lancement a la responsabilité absolue de… », pourrait être interprétée comme conférant une responsabilité à l'État de lancement indépendamment du statut de l'État victime.

En outre, sachant que toutes les puissances spatiales sont parties à la Convention, il est possible que cette règle soit reconnue comme ayant une valeur coutumière[1028]. L'existence d'une telle règle dépendrait alors de la pratique étatique et de l'*opinio juris* dans le domaine spatial, en dehors du cadre strictement conventionnel. Cela dit, un jugement définitif sur ce point nécessite une recherche distincte et approfondie.

Il convient également de noter que la réponse à cette question ne dépend pas de notre conclusion sur la valeur coutumière de la responsabilité objective pour les activités à risque. Dans le Chapitre 2 de notre recherche, nous avons examiné le principe même de la responsabilité objective, c'est-à-dire une responsabilité sans preuve de l'illicéité. La disposition examinée ici concerne une forme plus exigeante de responsabilité objective, à savoir une responsabilité véritablement absolue, dont la valeur coutumière doit être établie de manière distincte.

Un exemple parfait. En effet, le domaine spatial est l'exemple parfait des activités pour lesquelles la responsabilité objective peut trouver à s'appliquer. Hautement technologique et

---

[1027] Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p. 73.

[1028] Pour une opinion apparemment contraire voy. Kayser (V.), *Launching space objects: issues of liability and future prospects*, *op. cit.*, p. 41.

parfois lié à la sécurité nationale, ce domaine se distingue en ce qu'il nécessite une responsabilité objective. Il s'agit d'une activité dont l'essentiel ne se passe pas sur la Terre et dont le déroulement échappe parfaitement aux victimes. Les détails techniques des activités sont aussi jalousement gardés par les lanceurs spatiaux. Cela étant et à défaut d'un fondement objectif, il est difficile de concevoir comment les victimes pourraient prouver la faute étatique[1029].

§2 Une responsabilité pour faute

La Convention de 1972 exclut l'application de la responsabilité, notamment dans deux cas de figure. Cependant, nous pensons que cette exclusion n'est pas toujours justifiée et les arguments en faveur de la responsabilité objective demeurent valables dans ces domaines. Par conséquent, il est intéressant d'examiner ces cas de figure afin d'évaluer la pertinence de la position conventionnelle. Le premier concerne les dommages causés aux autres objets spatiaux (1.) et le deuxième celui des dommages causés à certains étrangers qui ne bénéficient pas de la protection conventionnelle (2.).

A. Les dommages causés à un autre objet spatial

Un risque partagé. Selon l'article III de la Convention, les dommages causés à autre objet spatial (y compris les personnes et biens à bord) sont régis par la responsabilité « pour faute »[1030], sauf si ce dommage a été causé à la surface de la Terre. Nous avons déjà expliqué que la faute (« *fault* » en anglais) ne correspond guère au fonctionnement du droit de la responsabilité internationale et aux caractéristiques des États souverains[1031]. La doctrine a en outre critiqué l'absence de définition pour ce terme[1032]. À défaut de précision dans le texte de la Convention, tout laisse à croire que la faute doit être comprise comme tout fait internationalement illicite de l'État[1033].

[1029] Voy. à cet égard Peyrefitte (L.), *Droit de l'espac*e, *op. cit.*, pp. 145-147.
[1030] La faute est le terme utilisé par la Convention elle-même (l'article III). Cependant, nous avons expliqué dans l'introduction que ce terme n'est pas tout à fait compatible avec les caractéristiques des États souverains.
[1031] Voy. *supra* introduction de la thèse, §1.
[1032] Christol (C. Q.), *Space law-Past, present and future*, *op. cit.*, p. 230.
[1033] En effet, nous sommes d'avis que le droit international applicable ne laisse aucune place à un élément subjectif ou intentionnel pour l'établissement de la responsabilité. Il n'est pas certain que cette vision soit partagée par d'autres membres de la doctrine. Un exemple peut être trouvé chez Goldie. Selon lui, la faute doit être comprise dans son sens traditionnel, c'est-à-dire comme un acte qui « *causes the harm intentionally or negligently. Negligence occurs when the agent has acted in breach of a duty to care.* »
Goldie (L. F. E.), « Liability for Damage and Progressive Development of International Law », *ICLQ*, vol. 14, 1965, p. 1196 cité *in* Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public, op. cit.*, p. 324.

Sur le fond, la Convention ne précise pas les raisons de ce choix pour le fondement de la responsabilité, mais la doctrine a apporté plusieurs éléments. Premièrement, la raison de ce choix tiendrait à la différence entre une victime-puissance spatiale et toute autre victime. Pour les tiers, il s'agirait d'un risque qui leur a été imposé sans qu'ils aient les connaissances techniques pour prouver la faute[1034]. En revanche, pour les puissances spatiales, il s'agirait d'un risque « accepté » sinon partagé[1035]. Cela étant, les puissances spatiales seraient sur un pied d'égalité pour prouver la faute du responsable[1036]. Nous trouvons que ces arguments ne sont pas convaincants. Certes, les puissances spatiales ont plus de facilité pour apporter la preuve de l'illicite. Cela n'empêche que la complexité des activités spatiales et le contexte où elles se déroulent rend cette tâche difficile, même pour les États les plus développés. Certes, l'objectif premier des conventions spatiales est de protéger les victimes innocentes, notamment les tiers. Cela n'empêche que les arguments tenant à la difficulté d'apporter la preuve dans un domaine aussi complexe sont valables même pour les puissances spatiales[1037].

Des acteurs inégaux. Une autre justification est celle de la protection des acteurs spatiaux moins puissants. La délégation italienne à la Conférence diplomatique de la Convention avait en effet remarqué ce point[1038]. En cas de collision entre deux engins de taille et prix très asymétriques, la responsabilité de l'État moins puissant serait hors proportion. La responsabilité absolue reviendrait à imposer à la petite puissance une réparation importante du fait de dommage porté à un grand engin qui peut coûter particulièrement cher. Cet argument est plus convaincant que le premier. Cela n'empêche qu'il ne justifie toujours pas, sur un plan purement technique, l'exclusion de la responsabilité objective. L'asymétrie entre les puissances spatiales est un souci légitime qui devrait trouver des solutions techniques, par exemple la responsabilité proportionnelle ou plafonnée. Néanmoins, les raisons liées notamment à la difficulté d'apporter les preuves suffisantes sont toujours valables.

[1034] Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, pp. 74-75.

[1035] *Ibid.* Dupuy semble, lui aussi, réticent face à cette justification.

[1036] Peyrefitte (L.), *Droit de l'espace*, *op. cit.*, p. 148. Peyrefitte, au contraire de la présente étude, trouve que ce fondement classique est parfaitement justifié.

[1037] Voy. par exemple l'examen par Cherkaoui de la collision en 2009 entre le satellite Iridium 33 américain et le satellite de télécommunication militaire russe Cosmos 2251. Cet accident est intervenu à une altitude de 770 km et à une vitesse de 39 600 km/h. Selon Cherkaoui, il a provoqué de nombreux débris spatiaux particulièrement dangereux.
Cherkaoui (H.), *Droit de l'air et de l'espace*, *op. cit.*, p. 232.

[1038] Position étatique apportée par Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p. 75. Dupuy lui-même semble accueillir cette critique.

Le poids d'une responsabilité absolue. Dupuy rappelle que ce choix avait été effectué pour éviter de généraliser la responsabilité absolue, particulièrement lourde sur un plan financier[1039]. Nous comprenons cette difficulté, mais pensons qu'il existe d'autres solutions à ce problème que de balayer la responsabilité objective d'un revers de main. Nous pensons que la vraie solution serait le retour, non pas à la responsabilité classique, mais à une responsabilité objective stricte. Il est vrai que la responsabilité absolue, lourde de conséquences, peut dissuader les États. Cependant, rien n'empêche de proposer une responsabilité sans faute, mais moins exigeante pour trouver un compromis entre les deux pôles extrêmes (la responsabilité absolue, d'une part, et celle pour faute, d'autre part). Ensuite quant au montant de l'indemnisation, nous pensons qu'un État puissance spatiale ne devrait pas avoir un mal extraordinaire pour réparer les dommages en question. Ceci d'autant plus que nous ne sommes pas favorable au plafonnement de la responsabilité[1040]. Cependant, même une responsabilité objective classique, donc plafonnée, serait préférable à une responsabilité classique. Même pour les États moins puissants, cette option augmente leurs chances d'être dument réparés[1041].

L'imprécision de l'article III. L'article III de la Convention de 1972 peut être critiqué à cause de son imprécision quant à l'étendue de la responsabilité de l'État fautive. La question se pose de savoir si après l'établissement de la « faute », cet État est responsable pour la partie du dommage causé par sa faute ou tous les dommages créés. La Convention ne répond pas expressément à cette question. Selon certains membres de la doctrine, la responsabilité pour l'ensemble du dommage serait davantage compatible avec les articles IV§2 et VI§ 1 de la Convention[1042]. Nous ne sommes pas convaincus par cette interprétation. Certes, l'article IV§2 prévoit le principe de la responsabilité solidaire envers les États tiers. Cependant, dans ce cas, il n'existe pas de doute que le dommage est créé *entièrement* par les États de lancement. La responsabilité solidaire est seulement un avantage accordé aux États tiers pour faciliter leur réparation. D'ailleurs ce même article prévoit que, dans leurs relations *inter se* les États sont responsables proportionnellement à leur faute. L'article VI§1 quant à lui prévoit l'exonération

---

[1039] *Ibid*.

[1040] Voy. *infra*, les trois sections suivantes sur le plafonnement de la responsabilité dans les régimes de responsabilité civile.

[1041] Dupuy avait proposé une responsabilité égalitaire dans le cas d'un accident entre plusieurs engins spatiaux. Les États en question devraient payer la même somme pour éviter de défavoriser les moins puissants. Nous trouvons un côté arbitraire dans cette équivalence qui nous empêche de la soutenir. Ni les engins ni les risques assumés ne sont pas les mêmes pour permettre une telle équivalence. Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, pp. 75-76.

[1042] Voy. Cheng (B.), *Studies in international space law,* New York, OUP, 2004, p. 328. Cheng précise lui-même que cette interprétation n'est peut-être pas l'intention des rédacteurs de l'article III.

de l'État de lancement en cas de faute de la victime. Nous avouons ne pas comprendre son rapport avec l'étendue de la responsabilité de l'État d'origine. *In fine*, dans les cas où la Convention a retenu la responsabilité pour « faute » on revient à la logique primaire du droit de la responsabilité, prévue par la responsabilité classique (la responsabilité limitée au seul fait illicite) et consolidée dans sa substance par l'article IV§2.

B. Les dommages causés à un étranger non protégé

Le tiers collaborateur ou invité. Les inconvénients du choix binaire entre la responsabilité absolue et la responsabilité classique sont démontrés dans un autre article de la Convention. Il s'agit de l'article VII-b) qui prévoit l'inapplicabilité de la Convention dans deux cas précis. Le premier est celui d'un ressortissant étranger (par rapport à l'État de lancement) qui participe aux opérations de lancement. Par exemple, il peut s'agir d'un ingénieur étranger qui participe à l'opération. Le deuxième est celui des personnes invitées par l'État de lancement qui se trouvent à proximité immédiate d'une zone de lancement. Il peut s'agir des journalistes ou des experts qui observent l'activité de lancement. Il faut savoir que le choix de la Convention ne prive pas forcément les victimes de toute réparation. Il indique seulement qu'ils ne profitent pas des avantages de la Convention (notamment la responsabilité absolue) et qu'ils devront chercher réparation selon le droit de la responsabilité classique.

La critique de Dupuy. Dupuy critique ce choix en expliquant que rien ne justifie d'exclure ces personnes de la protection d'une responsabilité absolue[1043]. Selon lui, la raison derrière cette exclusion est la notion de « risque-accepté ». Selon cette notion, les personnes qui participent au lancement ou qui l'observent acceptent les risques liés à un lancement spatial. De ce fait, ils participent à une activité dangereuse en connaissance de cause. Or, selon Dupuy, ce n'est pas parce qu'ils participent de près ou de loin à cette activité qu'ils doivent être privés de toute réparation. Au contraire, les obligations de l'État par rapport aux étrangers présents sur son territoire restent inchangées. Ces obligations sont d'autant plus valables si les personnes en question ont été invitées par l'État de lancement[1044]. La thèse de Dupuy ne peut qu'être appuyée en ce qui concerne les invités étrangers. Cependant, elle tient beaucoup moins pour les « collaborateurs » étrangers.

Une critique partiellement justifiée. Pour les collaborateurs étrangers, l'alinéa b) de l'article VII ne fait que suivre l'alinéa a). L'alinéa a) exclu du champ d'application de la

---

[1043] Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, pp. 76-79.
[1044] *Ibid*., p. 77.

Convention les nationaux de l'État de lancement. Personne ne conteste cette application en ce que le droit international ne peut pas s'incruster dans une relation juridique entre un État et ses ressortissants, en imposant un fondement précis de responsabilité. En réalité, l'alinéa b) ne fait qu'étendre cette logique aux collaborateurs étrangers d'une puissance spatiale. Le but premier de la Convention est de réparer les dommages causés aux tiers. Or, la nature de la relation en question est plutôt celle du droit de travail interne. Il s'agit des rapports entre un employeur et son employé qui sortent du cadre de la Convention et sa raison d'être. En outre, cette logique existe aussi dans les conventions nucléaires et d'hydrocarbures qui excluent les dommages causés à l'intérieur de l'installation[1045] ou du navire en question[1046] de leur champ d'application. Cela dit, l'article VII ne peut qu'être appuyé dans le volet des collaborateurs étrangers.

La thèse de Dupuy doit pourtant être totalement consolidée quant aux invités étrangers. L'approximation avec les nationaux ne fonctionne plus ici. Les exclure du champ de la Convention en supposant qu'ils sortent du cadre de « tiers innocent » est intenable. Autant un collaborateur peut participer à un risque partagé, autant l'invité mérite toute la protection que l'on peut lui accorder.

[1045] Ce constat est valable au moins pour le régime de l'OCDE. Voy. l'article 3 de la Convention de Paris.
[1046] L'article II de la CLC qui n'inclut pas les dommages causés aux navires ou aux personnes ou biens à bord.

Conclusion de la Section 2

Un autre aspect exceptionnel du régime. Comme pour le choix de la personne responsable, le fondement de la responsabilité spatiale est aussi, en partie, exceptionnel. Cette partie concerne bien entendu l'application de la responsabilité absolue pour les dommages causés sur la Terre et aux aéronefs en vol. Il s'agit d'une responsabilité absolue, c'est-à-dire objective, illimitée et presque sans dérogation possible. Cette responsabilité a certes un champ d'application limité, mais sa simple existence est un phénomène particulièrement important en droit de la responsabilité. Comme pour le choix de la personne responsable, ce choix ultra-protecteur des victimes n'est pas en soi critiquable. Si l'objectif est une protection maximale des victimes, ce fondement ne peut qu'être félicité. Néanmoins, ce principe est si radical qu'il est voué à être allégé avec le temps. En réalité, une responsabilité objective stricte (donc soumise à des dérogations) est un modèle bien moins exigeant et, par conséquent, beaucoup plus facilement applicable. Cela dit, ce modèle devrait être élargi à tous les dommages spatiaux car ils sont relatifs à une activité ultra-hasardeuse et ultra-complexe pour laquelle il est extrêmement difficile d'obtenir la preuve d'un fait illicite.

Section 3. Les questions de procédure et du droit applicable

Dès l'introduction de ce titre, nous avons rappelé notre attachement à l'aspect public de la responsabilité. C'est pour cette raison que dans les sections suivantes nous n'allons pas beaucoup nous attarder sur les détails de procédure qui ont vocation à être appliqués devant le juge interne. Les spécialistes du droit international privé sont mieux placés pour statuer sur les questions telles que le choix du droit applicable et du tribunal compétent. Ces justifications ne sont pourtant pas valables pour le régime spatial. Étant de nature purement publique, cette convention contient des règles de procédure qui ont vocation à s'appliquer devant le juge international. Exemple aussi rare que précieux, cet aspect de la convention spatiale ne peut pas échapper à la présente étude. Pour examiner ces questions, nous allons nous pencher sur le choix de forum compétent (§1) ainsi que celui du droit applicable (§2).

§1 Le choix de forum et de la procédure

La liberté laissée aux parties au litige. En ce qui concerne le choix de forum compétent, la question la plus importante est celle du choix entre la voie interne et internationale. La Convention de 1972 n'impose pas l'une quelconque de ces deux voies possibles. Elle semble privilégier la voie internationale qu'elle développe en détail (1.). Cependant, elle n'empêche pas la saisine des tribunaux internes (2.). Bien entendu, sauf cas exceptionnel, les États ne peuvent pas saisir les deux à la fois et doivent choisir l'une d'entre elles.

A. La procédure internationale

Des procédures successives. Pour régler les différends sur le plan interétatique, la Convention a prévu deux procédures distinctes et successives[1047]. Dans un premier temps, il faut passer par les négociations diplomatiques[1048] avant de demander la mise en place d'une commission arbitrale. Cette demande doit être présentée dans un délai d'un an après la création du dommage ou l'identification de l'État de lancement[1049]. Si dans un délai d'un an à compter de la notification diplomatique de l'État demandeur les négociations n'ont pas abouti, l'une

[1047] Voy. aussi Peyrefitte (L.), *Droit de l'espace*, *op. cit.*, pp. 149-150.
[1048] Article IX. L'article prévoit en outre qu'en absence de relation diplomatique entre les États concernés, la demande peut être transmise par un État tiers ou le Secrétaire général des Nations Unies.
[1049] Article X.

quelconque des parties intéressées peut demander la constitution d'une Commission de règlement de demandes[1050].

Les demandeurs. En phase avec la règle générale de la protection diplomatique[1051], la priorité revient toujours à l'État de nationalité des victimes[1052]. Dans l'esprit général de la Convention de 1972, celle-ci prévoit deux autres options possibles pour maximiser l'intérêt des victimes. Au cas où l'État de nationalité ne souhaiterait pas introduire une demande en réparation, l'État sur le territoire duquel le dommage a été subi peut le faire. À défaut, l'État dans lequel une ou plusieurs des victimes ont leur résidence permanente peut introduire la demande. Si les États concernés n'entretiennent pas de relation diplomatique, le demander peut demander à un État tiers de présenter sa demande. Si les deux États sont membres des Nations Unies, cette demande peut aussi être transmise par l'intermédiaire du Secrétaire général des Nations Unies[1053].

Malgré leur intérêt pour les victimes, ces dispositions sont soumises aux délais d'action (un an après la survenance du dommage). La désignation du demandeur et la voie diplomatique adéquate pourraient donc s'avérer compliquées dans le délai relativement bref prévu par la Convention[1054]. À cet égard, Cheng a souligné l'imprécision de l'article et les difficultés qu'il pourrait poser. En effet, la Convention ne précise pas si l'État de résidence et l'État où le dommage a été subi doivent respecter un délai quelconque pour présenter leur demande. La question d'une demande « préemptive » de ces États se pose, dans le cas où ils considèrent que l'État de nationalité ne présenterait pas de demande. Selon Cheng, le sort d'une telle demande n'est d'ailleurs pas clair si, contrairement à ce que ces États avaient imaginé, l'État de nationalité décidait finalement de présenter une requête. Il n'est pas certain, selon Cheng, si ces États doivent retirer leur demande ou la joindre à celle de l'État de nationalité[1055]. En outre, selon lui, en vertu du principe *pacta tertiis*, le demandeur doit être partie au Traité[1056].

[1050] Article XIV.

[1051] Ce lien de nationalité devrait d'ailleurs s'appliquer sous réserve de la logique de l'affaire *Nottebohm*. Cela dit, cette logique devrait aussi être interprétée de manière restrictive, notamment en se limitant aux cas de naturalisation. Voy. dans ce sens Wyler (E.), *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Graduate Institute Publications, 1990, §51, version en ligne disponible sur le site d'Openedition Books :
https://doi.org/10.4000/books.iheid.2092
Voy. aussi CIJ, *Nottebohm* (exception préliminaire), arrêt du 18 novembre 1953, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 111.

[1052] Article VIII§1.

[1053] Article IX.

[1054] Voy. dans ce sens Kayser (V.), *Launching Space Objects : Issues of Liability and Future Prospects, op. cit.*, p. 53.

[1055] Cheng (B.), *Studies in international space law, op. cit.*, p. 307.

[1056] *Ibid.*, pp. 307-308.

Cheng a raison de souligner l'imprécision de l'article. En revanche, nous ne pouvons pas adhérer à sa position concernant les deux dernières questions. Le texte de l'article prévoit, sans ambiguïté, une hiérarchie entre les demandeurs potentiels. Cela dit, même si les États non prioritaires pouvaient présenter une demande « préemptive », ils ne pourraient de toute façon pas la maintenir si un État prioritaire dans la hiérarchie décidait de présenter sa demande. De plus, la Convention a prévu la possibilité pour l'ensemble de ces États de présenter une demande. Par conséquent, la condition d'adhésion au Traité ne peut être imposée en l'absence de précision dans ce sens dans le texte même de la Convention.

La Commission *ad hoc*. Si les négociations diplomatiques n'ont pas abouti dans un délai d'un an, chacune des parties peut demander la mise en place d'une Commission *ad hoc*. Il est à noter que même si la décision de cette Commission n'est pas forcément contraignante, sa mise en place après le délai mentionné est obligatoire. Ce caractère obligatoire encouragerait les États à négocier sérieusement afin d'arriver à une solution commune[1057]. Même si la décision du tribunal n'est pas forcément obligatoire, l'importance politique de sa décision et l'influence de l'opinion publique incitent les États à régler leur différend par les négociations diplomatiques[1058].

Le mode de constitution et les procédures de la Commission suivent les modes classiques du droit d'arbitrage. Chacune des parties présente un arbitre et le Président du tribunal sera désigné par les deux arbitres élus[1059]. La décision est prise à la majorité[1060] et la Commission est maître de sa procédure[1061]. Si l'une des parties refuse de nommer un arbitre, le Président nommé par le Secrétaire général des Nations-Unies va statuer sur la demande[1062].

Une décision non contraignante. Jusqu'ici, la procédure ne présente rien d'extraordinaire. Cependant, la Convention présente une nouveauté inopportune quant à la force obligatoire de la décision. Selon la Convention[1063], la décision rendue n'aura force obligatoire que si les États en sont convenus ainsi. Le consentement des États pour accepter la force obligatoire doit donc être établi. À défaut, la décision sera considérée comme une simple « recommandation » que

---

[1057] Voy. à cet égard l'accident Cosmos et l'analyse de N. Aloupi : Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public, op. cit.*, pp. 335-336.
[1058] *Ibid.*
[1059] Article XV. Il existe des règles additionnelles en présence d'une multitude de demandeurs et défendeurs ainsi qu'en présence d'un défendeur récalcitrant qui refuse de nommer un arbitre. Voy. ces détails dans les articles XVI et XVII.
[1060] Article XVI§4.
[1061] Article XVI§§ 2-3.
[1062] Article XVI§1.
[1063] Article XIX§2.

« les parties prennent en considération de bonne foi »[1064]. Même si certains pourraient chercher une certaine force dans la dernière partie de l'alinéa, « de bonne foi », le langage employé par la Convention ne laisse pas de doute. En distinguant clairement entre une « sentence définitive » qui exige le consentement des parties et la « recommandation » à défaut de celui-ci, la Convention enlève toute force obligatoire au deuxième cas de figure. Cette solution se confirme par les travaux préparatoires de la Convention. La valeur, contraignante ou pas, des décisions était en réalité l'une des questions les plus difficiles des négociations diplomatiques[1065]. L'article finalement adopté était en réalité un compromis entre les États occidentaux et leurs alliés d'une part et les États de l'Est d'autre part[1066]. Les États occidentaux avaient plaidé pour la force obligatoire alors que les États de l'Est l'avaient considéré comme un affront à leur souveraineté. En effet, l'URSS avait pour politique de refuser les procédures d'arbitrages obligatoires dans le règlement des litiges[1067]. Par conséquent, la formulation choisie avait pour but de satisfaire les deux positions, même si elle a finalement penché davantage du côté des Soviétiques[1068].

L'allégement des conditions de la protection diplomatique. La Convention spatiale se démarque de la responsabilité classique aussi concernant les conditions de la protection diplomatique. La Convention facilite considérablement la possibilité d'un recours interétatique en supprimant l'une des conditions et en aménageant l'autre. En effet, pour exercer la protection diplomatique, il existe deux conditions classiques, à savoir l'épuisement des voies de recours internes et le lien de nationalité entre la victime et l'État qui exerce sa protection[1069].

En effet, la Convention supprime purement et simplement la nécessité de l'épuisement des voies de recours internes[1070]. Cette exemption s'applique à la fois à l'État et aux personnes physiques ou morales qu'il représente. Quant à la deuxième condition de la protection diplomatique, la Convention offre des voies alternatives au cas où l'État demandeur décide de ne pas exercer sa

---

[1064] *Ibid.*

[1065] Pour une analyse plus approfondie de ces débats voy. Cheng (B.), *Studies in International Space Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 346 *ss*. cité *in* Kayser (V.), *Launching Space Objects: Issues of Liability and Future Prospects, op. cit.*, pp. 57-58.

[1066] Pour les détails de ce compromis voy. Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p.88 ; Peyrefitte (L.), *Droit de l'espace*, *op. cit.*, p. 150 ; Cherkaoui (H.), *Droit de l'air et de l'espace*, *op.cit.*, p.233.

[1067] Peyrefitte (L.), *Droit de l'espace, op. cit.*, p. 150.

[1068] Voy. aussi Forteau (M.), « Space law », *op. cit.*, pp. 911-913. Forteau nous apprend que dans sa résolution approuvant le texte de la Convention, l'AGNU avait demandé aux États de reconnaître la force obligatoire de ces décisions par une déclaration volontaire.

[1069] Pour plus de détails voy. les Articles de la CDI sur la protection diplomatique, *ACDI*, 2006, vol. II(2), articles 3 et 14.

[1070] Article XI alinéa 1.

protection. La Convention dispose que la priorité revient toujours à l'État de nationalité des victimes[1071]. En revanche, s'il décidait de ne pas l'exercer, deux options se présentent aux victimes. Premièrement, l'État du lieu de dommage[1072] et sinon l'État de *résidence* des victimes[1073] (et non pas de nationalité) vont pouvoir exercer la protection diplomatique. Il existe un ordre de priorité entre ces trois possibilités. À titre d'exemple, si l'État du lieu de dommage décide d'intenter une action, l'État de résidence en sera empêché. Dans tous les cas, ces dispositions sont compatibles avec la volonté de la protection maximale des victimes.[1074]

Les délais de prescription. L'autre avantage du régime spatial réside dans la flexibilité de ses délais d'action. À l'origine, le délai de prescription est très court. Le demandeur peut agir un an après « la date à laquelle s'est produit le dommage ou à compter de l'identification de l'État de lancement qui en est responsable »[1075]. Avant tout, il faut relever l'imprécision de la formule retenue. Selon le texte français, « La demande en réparation *peut* être présenté… » dans le délai d'un an (italiques ajoutés). Le texte anglais n'est pas plus précis en ce qu'il prévoit que la demande en réparation « may *be presented* … »[1076]. Malgré le consensus dans la doctrine sur le caractère obligatoire de ce délai, la formulation laisse à désirer[1077].

En phase avec l'esprit général du texte, la Convention prévoit un aménagement à ce délai qui facilite énormément la tâche des victimes. Selon elle, si le demandeur n'a pas connaissance que le dommage s'est produit ou s'il n'a pas connaissance de l'extension exacte du dommage, le délai de prescription ne court qu'à partir du moment où il a pris connaissance de l'ampleur réelle du dommage[1078]. Cette disposition est particulièrement intéressante quand on se rappelle que les objets spatiaux contiennent souvent des composantes radioactives. Cela dit, il est fort probable que l'ampleur des dommages ne soit connue que bien après la survenance du dommage principal. Dans ce cas, la possibilité offerte aux victimes sera déterminante[1079].

[1071] Article VIII§ 1.
[1072] Article VIII§2.
[1073] Article VIII§ 3. Cette résidence doit pourtant être permanente.
[1074] Voy. aussi Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, pp. 80-82.
[1075] Article X§ 1.
[1076] C'est nous qui soulignons.
[1077] Voy. dans le même sens Kayser (V.), *Launching Space Objects : Issues of Liability and Future Prospects*, *op. cit.*, p. 55.
[1078] Article X§§2-3. Dans le cas où l'étendue exacte du dommage n'est pas connue, le demandeur devra d'abord s'en tenir au délai d'un an après l'accident. Cependant, il pourra réviser sa demande et présenter des pièces additionnelles dans un nouveau délai d'un an. Ce deuxième délai court à partir du moment où il a pris connaissance de l'extension exacte du dommage. Article X§ 3.
[1079] Voy. aussi Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, pp. 83-85.

B. La procédure interne

Une option peu claire. La Convention a laissé le choix aux victimes (les États et les personnes physiques ou morales qu'ils représentent) d'introduire leur demande selon la procédure prévue par la Convention ou devant les tribunaux d'un État de lancement. La formulation de la Convention reste néanmoins imprécise, laissant en suspens de nombreuses questions décisives :

> « 2. Aucune disposition de la présente Convention n'empêche un État ou une personne physique ou morale qu'il peut représenter de former une demande auprès des instances juridictionnelles ou auprès des organes administratifs d'un État de lancement. »

Premièrement, il aurait été préférable que la Convention précise si cette option est valable dans tous les États de lancement. Sa formulation laisse entendre que c'est le cas et que le choix appartient au demandeur. Néanmoins la réponse certaine à cette question devrait être clairement apportée par la Convention. Deuxièmement, la Convention dispose qu'aucune de ses dispositions n'empêche de déposer *une demande* devant les tribunaux internes. Le choix de la victime et la restriction prévue par la Convention concernent donc cette demande, et non l'accident ou l'événement à l'origine du dommage. Cette formulation a conduit une partie de la doctrine à envisager une seconde possibilité de choix pour le demandeur en fonction des différents types de dommages subis[1080].

Certes, certains droits internes peuvent être plus favorables aux dommages indirects, moraux ou environnementaux que le droit international. De plus, les droits internes peuvent permettre, contrairement au droit international, de réclamer des dommages-intérêts punitifs. L'article XI §2 pourrait ainsi sembler laisser la porte ouverte à un choix entre la voie interne ou internationale selon le type de dommage subi. Cependant, cette interprétation nous paraît illogique et non conforme à l'esprit général de la Convention. Il s'agit principalement d'une formulation imprécise. Néanmoins, rien dans le texte de la Convention ne permet de justifier un tel « *forum shopping* », qui constituerait en réalité un abus du choix offert par la Convention. Cette position est confirmée par la seconde partie de l'article, qui prévoit une limite importante au choix du demandeur :

> « Toutefois, un État n'a pas le droit de présenter une demande en vertu de la présente Convention à raison d'un dommage pour lequel une demande est déjà introduite auprès des instances juridictionnelles ou auprès des organes administratifs d'un État de lancement, ni en application d'un autre accord international par lequel les États intéressés seraient liés. »

Il apparaît assez clairement de cette deuxième partie du paragraphe que le choix offert porte sur la demande dans son ensemble. L'objectif est simplement de préciser que la Convention

[1080] Kayser (V.), *Launching Space Objects: Issues of Liability and Future Prospects*, *op. cit.*, p. 55.

n'interdit pas le recours aux procédures internes. Cela dit, cette partie de l'article est aussi imprécise. Elle dispose que l'on ne peut pas former un recours sur la base de la Convention si une demande est « déjà introduite auprès des instances juridictionnelles ». La solution n'est pourtant pas précisée si cette demande échouait devant les tribunaux internes. Le demandeur aurait-il le droit de retenter sa chance selon la procédure conventionnelle ? Selon Forteau, surtout en sachant que l'épuisement des voies internes ne s'applique pas dans le domaine spatial[1081], le choix *ab initio* devrait prévaloir[1082]. Il nous semble que cette position doit être appuyée sauf dans deux cas de figure. Premièrement, si la décision négative du droit interne avait été rendue pour des questions de compétence et de recevabilité. Autant la *res judicata* devra empêcher un réexamen du procès sur le fond, elle ne peut pas s'appliquer à une question de recevabilité. Deuxièmement, il n'est pas exclu que le demandeur puisse avoir recours aux voies conventionnelles s'il démontre que les conditions fondamentales[1083] d'une procédure équitable n'ont pas été respectées.

Le problème à l'envers. Dupuy a aussi répondu à la question dans le sens inverse. Si le recours aux voies internes est exclusif de la voie conventionnelle, l'inverse est-il aussi valable ? Autrement dit, le choix de la voie conventionnelle empêche-t-il le recours ultérieur au droit interne ? Selon Dupuy, la mise en œuvre de la Convention est exclusive de toute autre voie de recours[1084]. Autrement dit, le requérant dispose d'un choix. Soit il forme un recours en droit interne auquel cas il perd le bénéfice des articles de la convention[1085]. Soit, il choisit de suivre les procédures de la Convention de 1972. Cette position aussi doit être appuyée avec une précision additionnelle. Cette solution nous semble plus définitive que la précédente relative au droit interne. Autrement dit, il est assez aisé d'envisager une procédure discriminatoire devant les tribunaux de l'État de lancement. Cependant, cet argument nous semble moins performant en droit conventionnel. En sachant que chacune des parties a la possibilité de nommer un arbitre et que ces derniers fixent eux-mêmes les règles de procédure, il est difficile d'envisager une dérogation à la *res judicata* dans ce deuxième cas de figure[1086].

[1081] Voy. *supra* « l'allégement des conditions de la protection diplomatique ».
[1082] Forteau (M.), « Space law », *op. cit.*, p.910. Il précise que la Convention n'est pas suffisamment précise. Il n'est pas clair si la décision interne doit être définitive en présence du risque d'un déni de justice ou en l'absence d'un jugement impartial.
[1083] Il s'agit notamment de l'égalité des armes, de l'impartialité des juges et de la non-discrimination.
[1084] Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p. 79.
[1085] Il se pose aussi le droit applicable à la procédure en droit interne. Si l'on suit la logique de Dupuy, il semblerait que les seules règles exclues sont celles de la Convention 1972. Cela dit, en absence de toute indication de la Convention, la question de droit applicable ne sera pas facile à régler.
[1086] Pour un avis apparemment contraire voy. Forteau (M.), « Space law », *op. cit.*, pp. 910-911.

§2 Le droit applicable

La relation avec la nature de la responsabilité. La question du droit applicable est évidemment d'une importance première, car elle détermine le contenu de la réparation dans une affaire donnée. Nous avons déjà expliqué que l'une des difficultés principales avec la responsabilité objective est la distinction entre la responsabilité étatique et civile[1087]. Cela étant, la question du droit applicable est interdépendante avec celle de la nature publique ou privée de la responsabilité. Dans la plupart des cas, le choix du droit interne, de même que la responsabilité civile, a été jugé plus opportun pour les victimes. Il a été dit que ce droit présentait des voies de recours plus accessibles et un contenu plus précis[1088]. C'est la raison pour laquelle les régimes de responsabilité civile dépendent essentiellement du droit interne. Cependant, encore une fois, le droit spatial fait figure d'exception[1089].

Le cadre conventionnel. Dans ce cadre, le dilemme entre le droit interne et international s'est manifesté pour cette Convention aussi. Il n'y avait aucun doute qu'un recours, au moins partiel, au droit international était indispensable. En revanche, il existait un désaccord sur l'usage du droit interne. Au cours des négociations, les États avaient proposé, tour à tour, le recours au droit de l'État responsable, de l'État « victime » ou au lieu du dommage (*lex loci commissi*)[1090]. Bien entendu, la question est d'une importance capitale car elle peut influencer fortement le niveau de réparation ainsi que les types de dommages réparables. Au bout de longues discussions[1091], la version finalement adoptée n'a retenu que le droit international. En effet, l'article XII de la Convention se lit comme suit :

> « Le montant de la réparation que l'État de lancement sera tenu de payer pour le dommage en application de la présente Convention sera déterminé *conformément au droit international et aux principes de justice et d'équité*… »[1092]

Le régime spatial se distingue encore une fois des autres régimes de la responsabilité objective. La Convention privilégie le droit international et pour le forum et pour le droit substantiel.

[1087] Voy. *supra* l'introduction et la présentation des travaux de la CDI.
[1088] Voy. Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p. 90.
[1089] Pour une discussion des débats au cours des négociations diplomatiques menant à l'adoption des règles examinées voy. Lachs (M.), *The Law of Outer Space- An Experience in Contemporary Law-Making*, *op. cit.*, pp. 113-125 notamment pp. 123-124.
[1090] Ces positions sont apportées par Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, pp. 90-91. Pour d'autres détails sur les positions défendues au cours des négociations voy. Peyrefitte (L.), *Droit de l'espace*, *op. cit.*, pp. 148-149.
[1091] Pour un récit détaillé des différentes positions étatiques et les enjeux politico-économiques de chacune de ces positions voy. Cheng (B.), *Studies in international space law,* New York, OUP, 2004, pp. 332-341.
[1092] Italiques ajoutés.

Cependant, il faut souligner l'insuffisance du texte français qui fait foi au même titre que les textes anglais, russe, espagnol et chinois. Selon le texte anglais :

> « The Compensation *which the launching State shall be liable to pay for damage under this Convention shall be determined in accordance with international law and the principles of justice and equity* »[1093]

Ce texte est plus précis en ce qu'il énonce clairement que la réparation se fait selon le droit international ainsi que la justice et l'équité. En revanche, dans le texte français, on énonce que le *montant* de la réparation sera déterminé conformément aux sources évoquées. Cette formulation pourrait laisser entendre que le recours au droit international se limite à la quantification du montant de la réparation. Néanmoins, les négociations diplomatiques qui ont mené à l'adoption de la Convention démontrent plutôt que le recours au droit international est plus large et qu'il concerne d'autres aspects de la réparation[1094].

La problématique référence aux principes de justice et d'équité. La référence à ces principes n'est pas en soi choquante pour un juriste internationaliste[1095]. Plusieurs sources de droit international y font référence[1096]. Néanmoins, la question se pose de savoir si l'usage de l'équité dans cet article implique aussi la possibilité de statuer *ex aequo et bono* par le juge. Dupuy semble répondre par l'affirmative[1097]. Il reconnaît également les limites de cette solution[1098]. Si les droits internes ont été évités pour ne pas laisser place à la subjectivité des législations nationales, le recours à l'équité risquerait de remplacer cette subjectivité par celle du juge.[1099]. Selon lui, les termes de l'article risquent de créer l'arbitraire par le juge.[1100] Il faut reconnaître que le risque est réel et que la disposition va probablement poser problème si elle était appliquée. Il conviendrait donc d'interpréter cet article comme impliquant simplement la prise en compte de l'équité dans la détermination de la réparation, sans pour autant en déduire la possibilité d'un jugement *ex aequo et bono*.

La doctrine anglophone s'est interrogée sur le sens exact de l'équité dans cet article. Selon certains membres de cette doctrine, l'emploi concomitant des termes « justice » et « équité »

[1093] C'est nous qui soulignons.
[1094] Voy. Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, pp. 90-91.
[1095] *Ibid.*, pp. 92-93.
[1096] Pour une cartographie exhaustive de l'usage de l'équité en droit international voy. Merlin (C.), *L'équite dans l'ordre juridique international*, thèse de doctorat soutenue en 2020 à l'Université d'Aix-Marseille, Titre 1, Chapitre 1.
[1097] Dupuy (P.M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, pp. 92-93.
[1098] *Ibid.*, p. 92. Il a, par exemple, rappelé la position de S. Bastid, selon laquelle la possibilité de recourir à l'équité ne signifie pas qu'elle constitue, en tant que telle, une source de droit applicable dans les rapports internationaux.
[1099] *Ibid*.
[1100] *Ibid*., p. 93.

indiquerait que le mot « équité » est utilisé dans son sens populaire[1101]. Dans ce cas, ce terme serait employé pour désigner une « justice morale » plutôt que l'« *equity* » du droit anglo-américain. Selon Christol, l'emploi de ce terme dans ce sens permettrait d'éviter « les rigueurs » d'une approche strictement juridique et d'adapter la réparation à chaque cas d'espèce. C'est justement là que réside le fond du problème[1102]. La Convention de 1972 avait pour objectif de garantir la rigueur et la précision qui faisaient défaut à certaines dispositions du Traité sur l'espace[1103]. Cependant, cette disposition, comme d'autres, examinées dans ce chapitre, a montré les limites de cette tentative.

Rétablissement de la situation préexistante. Encore une fois, la Convention spatiale se démarque des autres modèles de responsabilité objective dans le niveau de réparation exigé. Nous allons voir que les Conventions du droit privé ne prévoient qu'une réparation plafonnée souvent insuffisante[1104]. La CDI quant à elle n'exige qu'une réparation adéquate[1105]. Certains membres du CUPEEA, notamment les États-Unis, avaient plaidé pour une réparation illimitée[1106]. Ce système aurait eu comme inconvénient d'exiger des révisions périodiques[1107]. Cela dit, la Convention spatiale a finalement fait le choix d'une réparation *in integrum*[1108] de manière à rétablir le demandeur « dans la situation qui aurait existé si le dommage ne s'était pas produit »[1109]. Dans ce sens, la Convention se rapproche de la règle en droit de la responsabilité classique comme prévu dans les Articles de 2001[1110].

[1101] Alexander, « Measuring damages under the Convention on international liaibility for damage caused by space objects », *6 J. Space L.* 151, 153 (1978) cite *in* Christol (C. Q.), *Space law-Past, present and future, op. cit.*, p. 219.

[1102] Christol (C. Q.), *Space law-Past, present and future, op. cit.*, p. 219.

[1103] Voy. dans ce sens *ibid.*, p. 215 ss.

[1104] Voy. *infra* Chapitre 6

[1105] Voy. l'article 3-a) et 4§ 1 des Commentaires de 2006 notamment les commentaires au principe 4, § 8.

[1106] Nous verrons, dans les sections suivantes, que les États-Unis ont une hostilité historique face au plafonnement de la responsabilité. Cette sensibilité les a même empêchés d'adhérer à certaines conventions importantes de la responsabilité objective.

[1107] La position et la critique qui y ont été faites sont apportées par Peyrefitte (L.), *Droit de l'espace*, *op. cit.*, pp. 150-151.

[1108] Il ne faut pas confondre cette réparation avec la « restauration » au sens des articles de 2001, car, ici, la Convention prévoit expressément une indemnisation pécuniaire.

[1109] L'article XII de la Convention spatiale.

[1110] Voy. les articles 31§ 1 et 35 des Articles de 2001 et les commentaires y relatifs.

Conclusion de la Section 3

Le droit applicable : une solution de compromis. Comparées aux deux autres sections de ce chapitre, les solutions relatives au droit spatial en matière de procédure et de droit applicable sont beaucoup moins radicales. Le recours au droit international représente, en fin de compte, une solution de compromis permettant de surmonter les fortes divergences entre les droits internes. Il s'agit donc d'un choix qui favorise une application véritablement universelle de la Convention. En revanche, si l'objectif principal était la protection maximale des victimes, la possibilité de choisir les droits internes, notamment celui de l'État de lancement, aurait probablement été plus avantageuse. Sachant que la grande majorité des États de lancement sont des pays développés, leurs droits internes permettent parfois une réparation significativement plus importante que le droit international. Cette hypothèse dépend toutefois de l'État en question. En effet, la protection offerte par les droits indien, iranien ou chinois (désormais des puissances spatiales en développement rapide) n'est pas nécessairement supérieure à celle du droit international. Cela étant dit, le recours aux droits internes devrait être un choix et non une imposition.

La procédure : une volonté de protéger les victimes. En ce qui concerne les questions de procédure, on observe toujours la volonté de garantir une protection maximale aux victimes. Le choix entre les procédures internes ou internationales, l'existence d'un mécanisme de règlement des conflits obligatoire, ainsi que l'allégement des conditions de la protection diplomatique font partie des nombreux avantages offerts aux victimes. Malgré tout, comme pour les sections précédentes, la Convention est entachée de fortes imprécisions qui pourraient se révéler très problématiques en cas de mise en application.

Conclusion du Chapitre 5

Un régime dépassé. Dans ce Chapitre, l'attention a été portée essentiellement sur la Convention de 1972 sur la responsabilité spatiale. L'objectif annoncé était celui de comprendre le fonctionnement de cette Convention afin notamment d'en tirer des leçons quant au régime général de responsabilité. La Convention est aujourd'hui largement dépassée et ne correspond plus vraiment aux réalités des activités spatiales. Parmi les dispositions examinées, le choix de la responsabilité classique pour une grande partie des activités spatiales est le plus problématique. Ce choix n'a aucune justification technique dans les circonstances actuelles. Certes, la responsabilité absolue est une forme très poussée qui peut se révéler trop exigeante. Mais entre la responsabilité absolue et classique, il y a un éventail d'options qui peuvent aboutir à un résultat plus satisfaisant. Le choix le plus adapté est celui d'une responsabilité objective stricte.

Un régime public pur. Il a aussi été constaté que le régime spatial est le régime international le plus « pur » en ce qu'il privilégie le droit international à la fois sur le fond et la procédure. Le droit applicable est uniquement le droit international avec une ouverture incertaine aux principes de justice et d'équité. Quant à la procédure, la Convention prévoit une première phase de négociations diplomatiques. Si elles échouent, c'est dans le cadre d'un tribunal arbitral qu'il faudra chercher la réparation.

Un régime inadapté. Il est vrai que le régime spatial contient des dispositions fort protectrices des victimes, notamment le principe d'une responsabilité absolue. Cependant, il contient aussi nombre de dispositions contestables, parfois même archaïques. Nous avons démontré que plusieurs dispositions qui y sont inscrites se révèlent inefficaces pour la protection des victimes. Il faut notamment retenir l'inadaptabilité de ce régime par rapport aux acteurs privés. Ce système a été conçu dans une période où l'activité spatiale était le domaine réservé de l'État. Or, la privatisation progressive du champ spatial met en cause la philosophie même d'un régime adopté il y a plus de cinquante ans.

Chapitre 6 : Les régimes de la responsabilité civile

La continuité d'une démarche déductive. Dans le Chapitre 5, nous avons examiné les régimes de la responsabilité conçus principalement pour les États. Le Chapitre 6 porte, au contraire, sur les régimes de responsabilité civile, en principe destinés aux opérateurs privés. Nous avons déjà expliqué, à maintes reprises, la nécessité absolue d'examiner ces régimes mêmes s'ils ne sont pas premièrement destinés aux États[1111]. Dans les faits, ces régimes peuvent aussi se voir appliqués aux États et ont été le point de départ pour toutes les propositions doctrinales tenant à généraliser la responsabilité objective. De ce fait, la démarche déductive de notre recherche nécessite sans doute une analyse approfondie du fonctionnement de ces régimes.

Nous avons aussi présenté des régimes conventionnels, en vigueur ou pas, qui ont prévu la responsabilité objective civile[1112]. Dès le départ dans cette recherche, l'accent a été mis sur les régimes en vigueur même si rien n'empêche d'examiner les régimes non entrés en vigueur, en filigrane. Les conventions en vigueur peuvent être regroupées sous quatre catégories à savoir les régimes nucléaires (Section 1), la pollution par les hydrocarbures (Section 2) et la responsabilité aérienne (Section 3). Il existe un autre régime, peu connu et presque invisible dans la doctrine, qui porte sur le transport ferroviaire. Ce régime ne présente en réalité aucune originalité par rapport aux trois autres régimes examinés et il a donc été décidé de ne pas y accorder une section indépendante. Il sera pourtant pris en compte dans l'analyse des autres régimes applicables.

[1111] Voy. par exemple *supra* l'introduction du Titre ainsi que le Chapitre 1, Section 2.
[1112] Voy. par exemple *supra* Chapitre 2, Section 1.

Section 1 : La responsabilité nucléaire : des faux-semblants d'une responsabilité purement privée

Le nucléaire civil résultant de la fission nucléaire. Avant toute chose, il faut bien délimiter le champ de notre étude. Cette section examine les droits conventionnels portant sur la responsabilité civile. Les deux principaux régimes de la responsabilité se limitent aux activités nucléaires civiles et excluent l'usage militaire de l'énergie nucléaire[1113]. En outre, les deux régimes portent aussi sur la production de l'énergie à partir de la fission nucléaire[1114]. Cette énergie pourrait aussi se produire grâce à la fusion nucléaire, mais ce domaine est toujours dans la phase expérimentale. La production de l'énergie grâce à la fusion implique de réunir des conditions extrêmes de pression et de température qu'on n'arrive pas encore à mettre en place, au moins à grande échelle. Ce mode de production de l'énergie est le même que celui qui alimente le cœur des étoiles. Elle pose beaucoup de questions notamment quant au droit applicable, mais qui ne nous concernent pas dans cette étude[1115].

Un domaine crucial pour l'économie mondiale. Au regard des développements juridiques de ce domaine ainsi que de l'importance vitale des activités nucléaires dans l'économie actuelle, cette étude relève d'une importance particulière. Le nucléaire compte pour 10,1 % de l'énergie du monde entier. Ce pourcentage est beaucoup plus important dans les pays industrialisés. À titre d'exemple, le nucléaire compte pour 50,8 % de la production d'électricité en Belgique, 46,8 % en Hongrie, 30,8 % en Suède, 28,8 % en Suisse, 19,6 % aux États-Unis et 14,8 % au

---

[1113] La Convention de Vienne de 1963 n'adressait pas le nucléaire civil expressément. En revanche, la référence aux utilisations de l'énergie nucléaire « à des fins pacifiques » avait été comprise comme excluant l'usage militaire. C'est le Protocole de 1997 qui a exclu, expressément, les activités militaires. L'article I.B du Protocole se lit comme suit :
« La présente Convention ne s'applique pas aux installations nucléaires utilisées à des fins non pacifiques. »
La Convention de Paris quant à elle n'a toujours pas exclu les activités militaires expressément. En revanche, le préambule de la Convention fait référence, comme la Convention de Vienne, à l'utilisation de l'énergie nucléaire « à des fins pacifiques ».
Voy. sur cette question Handrlica (J.), Novotná (M.), « The Vienna convention on civil liability for nuclear damage: past, evolution and perspectives », *Juridical Tribune*, vol. 8, special issue, octobre 2018, pp. 48-63 notamment p. 55.

[1114] Les définitions clés des Conventions de Vienne et de Paris qui permettent de délimiter leurs champs d'application se limitent à la fission nucléaire. Il est en ainsi du « combustible nucléaire », de la « matière nucléaire » et du « réacteur nucléaire » pour la Convention de Vienne de 1997. Il en va aussi ainsi des « substances nucléaires » et des « combustibles nucléaires » dans la Convention de Paris de 2004.
Voy. l'article 1 des deux Conventions.

[1115] Pour une brillante analyse de ces questions voy. Portier (C.), *Le droit de la responsabilité à l'épreuve des activités de fusion nucléaire, Contribution à l'étude de la responsabilité du fait des activités à risque*, thèse soutenue le 30 mars 2022 à Aix-Marseille Université.

Royaume-Uni[1116]. La Chine est la deuxième grande productrice du nucléaire dans le monde[1117]. Cependant, au regard de la diversité de son parc d'énergie, le nucléaire n'a qu'une part faible dans sa palette globale (5 % en 2021). La France, quant à elle, a le plus grand pourcentage de l'énergie nucléaire dans le monde avec environ 70 % de sa production d'électricité.

Le domaine de tous les dangers. L'énergie nucléaire est aussi un domaine de prédilection pour la responsabilité objective, car elle concerne, encore aujourd'hui, une technologie de pointe avec des risques imprévisibles. Les exemples d'accidents nucléaires ne manquent pas. Tchernobyl est désormais entré dans la culture populaire avec des séries et films qui ont décrit les événements y relatifs. L'accident de Fukushima qui a suivi le tsunami du 11 mars 2011 a aussi reçu une publicité mondiale. Cet accident et celui de Tchernobyl sont les accidents les plus graves de l'histoire nucléaire. En effet, ils sont les seuls à avoir été classés au niveau 7/7 (dernière classe-accident majeur) par l'AIEA[1118]. Dans l'ensemble, l'AIEA a recensé 16 accidents dans les centrales nucléaires. Entre 1952 et 2009, 99 accidents nucléaires se sont produits dans le monde. Ces accidents ont coûté 20,5 milliards de dollars américains en réparation. Au contraire de certains préjugés, ces accidents ne se limitent pas aux États non démocratiques ou moyennement développés. En réalité, deux tiers de ces accidents se sont produits sur le sol américain[1119].

Le système nucléaire peut être conçu comme un régime intermédiaire entre le spatial et la pollution par les hydrocarbures. Sur le plan purement technique, on a affaire à des conventions de responsabilité civile. Dans ce sens l'on peut évoquer un droit commun de la responsabilité objective qui est en principe basé sur les conventions de droit privé. La particularité du régime nucléaire réside pourtant dans l'importance de l'intervention étatique dans ce domaine. Au contraire du transfert des matières dangereuses qui relèvent désormais en grande partie du secteur privé, le nucléaire porte toujours une trace publique forte dans le monde entier. En France, l'EDF est déjà nationalisée et appartient uniquement à l'État[1120]. Les exemples chinois,

---

[1116] Les chiffres viennent de l'AIEA : https://pris.iaea.org/PRIS/WorldStatistics/NuclearShareofElectricityGeneration.aspx

[1117] Sa production est estimée à 383,21 GW en 2021. Les États-Unis sont, de loin, le premier producteur mondial avec 771,64 GW en 2021.

[1118] Voy. le site de l'AIEA : https://www.iaea.org/fr/themes/laccident-nucleaire-de-fukushima-daiichi

[1119] Sovacool (B. K.), « A Critical Evaluation of Nuclear Power and Renewable Electricity in Asia», *Journal of Contemporary Asia*, lol. 40, n°3, août 2010, pp. 379-380.

[1120] Voy. une analyse des enjeux de cette nationalisation sur le site de Franceinfo : https://www.francetvinfo.fr/economie/energie/nationalisation-d-edf-l-etat-controlera-100-de-l-entreprise-le-8-juin-annonce-bruno-le-maire_5842304.html ; https://www.francetvinfo.fr/economie/energie/nationalisation-d-edf-a-100-comment-et-pourquoi-le-gouvernement-veut-il-agir-vite_5265076.html ;

russe et iranien vont dans le même sens. Le Japon quant à lui a adopté un partenariat public-privé[1121]. Même dans les États les plus libéraux en la matière, à savoir les États-Unis et le Royaume-Uni, l'État exerce un contrôle très étroit sur les activités nucléaires[1122]. De ce fait, même si les conventions applicables prévoient un régime de responsabilité civile, l'État est un acteur incontournable. Nous avons déjà vu que nonobstant le régime privé de ces conventions, en face des accidents d'ampleur, l'État se voit obligé d'intervenir pour assurer la réparation aux victimes[1123]. Les accidents nucléaires majeurs dépassent facilement, et de loin, les capacités financières des assurances[1124].

L'annonce du plan. Nous avons déjà présenté les droits conventionnels applicables et les rapports entre eux[1125]. L'analyse de ces conventions se révèle assez complexe justement car on est face à deux régimes distincts qu'il faudra toujours comparer. Globalement, le droit nucléaire présente toutes les caractéristiques d'une responsabilité objective « ordinaire ». Il s'agit d'une responsabilité sans fait illicite, limitée, canalisée et garantie. Nous allons d'abord examiner ces grandes caractéristiques du régime (§1) avant de consacrer un paragraphe au rôle de l'État dans un régime pourtant privé (§2).

§1 Les grandes caractéristiques des régimes conventionnels

Le régime nucléaire est l'archétype des régimes de responsabilité civile. Cela étant, après avoir vu certains aspects de son champ d'application (A.), nous allons examiner ses grandes caractéristiques. Il s'agit d'une responsabilité objective stricte (B.), qui canalise (D.) la responsabilité sur l'exploitant (C.). En outre, l'obligation d'assurance (E.) est accompagnée d'un plafonnement de la responsabilité (F.).

A. Une lecture critique du champ d'application

Une étude sélective. On a déjà rappelé que cette thèse a pour ambition d'aller au-delà de la simple juxtaposition des droits conventionnels examinés. Nous tentons d'examiner certaines

---

[1121] Young (W.), « Atomic energy: From "Public" to "private" Power - the US, UK and Japan in Comparative Perspective », *Annales historiques de l'électricité*, n° 1, juin 2003, p. 134.

[1122] Même aux États-Unis, qui ont la participation privée la plus importante au monde, les pouvoirs des autorités de contrôle sont très importants.
https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-t-z/usa-nuclear-power-policy.aspx
Voy. aussi Young (W.), « Atomic energy: From "Public" to "private" Power - the US, UK and Japan in Comparative Perspective », *op. cit.*, pp. 133-153.

[1123] Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2.

[1124] *Ibid.*

[1125] Voy. *supra* Chapitre 1, Section 1.

questions structurantes afin de mieux comprendre le régime de la responsabilité objective en droit international. Cela étant, il n'y a nul besoin de reprendre tous les détails du champ d'application des régimes conventionnels. Ces détails peuvent être trouvés dans d'autres écrits de la doctrine[1126]. Cela dit, il existe un aspect du champ d'application géographique qui nous semble particulièrement pertinent. Il s'agit du caractère éclaté, voire parfois aléatoire des régimes conventionnels, qui est susceptible de créer des injustices flagrantes à l'égard des victimes. Cet aspect nous intéresse aussi, car il est révélateur des limites des régimes conventionnels.

La disparité des régimes. Les régimes prévoyant la réparation des dommages nucléaires présentent un caractère peu cohérent et peu harmonisé. Rien qu'en Europe, les disparités sont très importantes. Bien que la majorité des États disposant d'exploitations nucléaires soient parties à la Convention de Paris de 1960[1127], il y a aussi en Europe des États qui font uniquement partie du régime de Vienne [1128]ou qui ne sont parties à aucun des deux régimes[1129]. Dans un plan plus large, certains États nucléaires importants ne sont parties à aucun régime ou n'ont qu'un lien minimal avec le régime conventionnel. L'exemple le plus marquant est celui de la Chine qui n'est partie à aucun régime conventionnel. Mais il existe d'autres États disposant des facilités nucléaires et qui ne sont parties à aucun régime[1130]. En outre, la plus grande puissance nucléaire mondiale, les États-Unis d'Amérique, n'ont adopté que la Convention sur la réparation complémentaire de 1997.

La conséquence concrète. Cet état de ratification cause des problèmes évidents. On n'a pas besoin d'expliquer le problème avec les États qui ne sont liés à aucune convention. Même pour ceux qui ont adopté l'une ou plusieurs des conventions, il existe un risque important de disparité parmi les victimes en fonction de leur État d'origine. La Convention relais de 1988 peut réduire ces risques, mais l'application de cette convention est aussi soumise à la ratification des États.

[1126] En l'espèce, pour le droit nucléaire voy. par exemple, Dupuy (P-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique, op. cit.*, chapitre sur le droit nucléaire.

[1127] La France, le Royaume-Uni et l'Allemagne ont ratifié cet instrument respectivement en 1966, 1975 et 1966. Pour la liste du dernier état de ratification voy. le site web de l'OCDE : http://www.oecd-nea.org/law/paris-convention-ratification.html

[1128] Il s'agit notamment de la Croatie et de la République tchèque. Cette dernière dispose de quatre centrales nucléaires dont deux sont actuellement actives. Il ne faut pas oublier non plus que l'Ukraine et la Russie sont aussi uniquement liées par le régime de Vienne. Pour la liste des États parties au régime de Vienne voy. : https://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/liability_status.pdf

[1129] C'est par exemple le cas de l'Autriche.

[1130] Il s'agit notamment de la Corée du Sud qui dispose de 25 réacteurs nucléaires. Voy. une description de l'industrie nucléaire coréenne ci-dessous : https://world-nuclear.org/information-library/country-profiles/countries-o-s/south-korea
Israël, l'Iran, le Pakistan et la Corée du Nord ne sont pas parties aux régimes conventionnels non plus. Cependant, l'essentiel de l'exploitation nucléaire de ces États est de nature militaire.

À titre d'exemple, le plafond de la responsabilité dans le régime de Vienne n'est pas le même que celui de Paris et à l'intérieur de chaque régime il existe plusieurs protocoles et conventions additionnelles dont la ratification détermine les montants et les conditions de la responsabilité. De là résultent d'importants risques de disparité entre les victimes en fonction de leur lieu de résidence. Plus important encore, cet état de ratification nous rappelle les lacunes d'une solution purement conventionnelle. Même si la méthode conventionnelle a l'avantage de la prévisibilité et de la sécurité juridique pour les victimes, elle est par nature soumise à des rapports de force qui peuvent pénaliser les victimes innocentes. D'où le besoin d'un régime de responsabilité objective sur le plan du droit international général qui pourrait suppléer aux régimes conventionnels.

Un risque d'exclusion. Le problème des disparités est moindre avec le premier niveau de réparation, car les Conventions de référence peuvent s'appliquer, sous certaines conditions, aux États non parties[1131]. Cependant, même la simple possibilité de l'inapplicabilité[1132] de ces Conventions aux États non contractants est très problématique. Chacun comprend qu'il y a là une logique de réciprocité et d'incitation face aux États non contractants, afin de contribuer aux charges financières des Conventions. Il n'empêche que, en principe, la réparation des risques nucléaires se fait selon la théorie du risque. Elle dépend donc de l'État d'origine et non pas de l'État victime.

Une analyse erronée du dommage nucléaire. Cette logique réciproque est encore plus flagrante au niveau de la réparation complémentaire. La Convention supplémentaire de Vienne ne change pas tant la logique de la réparation. En principe, il n'y a pas de restriction géographique, mais les États peuvent décider d'exclure les États non contractants[1133]. Cependant, pour la Convention complémentaire de Bruxelles (régime de l'OCDE), la réparation est limitée aux seuls États contractants[1134]. Il semblerait que dans la logique des États contractants, la réparation soit un « privilège » conventionnel, réservé à ceux qui y participent. L'OCDE justifie cette position en évoquant qu'au contraire du premier niveau, les deuxième et troisième sont de « l'argent public » qui ne peut être dépensé que dans l'intérêt de ceux qui y ont contribué[1135]. Nous avons déjà évoqué notre critique de cette vision des dommages causés

---

[1131] Voy. l'article 2 de la Convention de Paris et l'article Premier de la Convention de Vienne.
[1132] Voy. par exemple l'article Premier§2 de la Convention de Vienne.
[1133] Article III-2-a).
[1134] Article 2.
[1135] Voy. le site officiel de l'Agence nucléaire de l'OCDE : https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_20318/brussels-convention-supplementary-to-the-paris-convention-on-third-party-liability-in-the-field-of-nuclear-energy-brussels-supplementary-convention-or-bsc

par les activités dangereuses[1136]. Elle revient à considérer les garanties financières comme un exemple de la « solidarité nationale » qui ne peut pas bénéficier aux étrangers. Or, tout au long de la Première Partie nous avons essayé de déconstruire cette vision en nous basant notamment sur la théorie du risque. La réparation de ces dommages indument causés est la condition du maintien des activités dangereuses. Quoi qu'il en soit, dans l'état actuel du droit positif, les disparités dans la ratification des régimes conventionnels risquent de pénaliser les victimes innocentes en fonction du lieu où elles ont subi le dommage.

*B. Une responsabilité objective stricte (***strict liability***)*

Des exceptions à la responsabilité. Contrairement au régime spatial, le régime nucléaire soumet la responsabilité de l'exploitant à des exceptions, ce qui en fait une responsabilité stricte. Ces cas d'exonération sont largement similaires entre les régimes de Vienne et celui de Paris. Les deux stipulent deux catégories de cas d'exonération. La première concerne les conflits armés, hostilités, guerres civiles ou insurrections[1137]. La deuxième concerne la faute de la victime[1138]. Il est aussi important de noter que ces Conventions n'énumèrent pas la *force majeure* comme circonstance excluant la responsabilité. Dans ce sens, elles se distinguent de la majorité des autres régimes conventionnels.

C. Le choix du titulaire de la responsabilité

Pour examiner le titulaire de la responsabilité, il est possible de distinguer entre, d'une part, les cas où le dommage survient sur le site nucléaire (1.) et, d'autre part, ceux où il survient au cours du transport (2.).

1. Le dommage survenu sur le site nucléaire

Un choix classique. Comme mentionné précédemment, le régime nucléaire est un régime tout à fait classique de la responsabilité objective. Cela étant, la responsabilité incombe à l'exploitant de l'installation nucléaire en cause[1139]. Mais qui est l'exploitant au sens de la Convention ? Les trois régimes de référence sont unanimes : c'est l'exploitant de l'activité nucléaire. Il est donc nécessaire de s'attarder sur l'identité de l'exploitant. Le critère proposé

[1136] Voy. *supra* Chapitre 2.
[1137] L'article 6 de la Convention de Paris (2004) ; l'article II.5 de la Convention de Vienne (1997).
[1138] L'article II.5 de la Convention de Vienne.
[1139] L'article II-1) de la Convention de Vienne, L'article 3-a) de la Convention de Paris, l'article I§ 1 de la Convention de Bruxelles sur les navires nucléaires.

par les trois régimes est identique : c'est la personne désignée par l'autorité publique compétente.

Il existe des divergences mineures dans les critères des trois régimes. La Convention de Vienne présente un critère de rattachement géographique. C'est l'État « où se trouve l'installation » qui est compétent pour désigner l'exploitant[1140]. La Convention de Paris ne présente pas ce critère et présente, dans des termes généraux, « l'autorité publique compétente » comme celle faisant foi[1141].

2. Le dommage survenu pendant le transport

La responsabilité du chargeur. Au contraire du régime des hydrocarbures[1142], les régimes nucléaires privilégient la responsabilité du chargeur plutôt que celle du transporteur. Autrement dit, si un accident nucléaire[1143] survient au cours du transport, la responsabilité incombe, en principe, à l'opérateur nucléaire d'origine. Dans la Convention de Paris, l'article 4-a) précise les conditions exactes de l'application de cette règle. *Grosso modo* la responsabilité incombe à l'exploitant d'origine, avant qu'un autre opérateur[1144], destinataire de la cargaison, prenne en charge la matière nucléaire. La Convention prévoit aussi que l'exploitant responsable doit fournir au transporteur le certificat des garanties financières conforme à l'article 10[1145].

Cependant, la Convention prévoit aussi la possibilité pour les législateurs nationaux de reconnaître le transporteur comme étant l'exploitant responsable. Dans ce cas, le transporteur sera tenu de maintenir des garanties financières compatibles avec les limites conventionnelles prévues à l'article 10 (a). L'interprétation approuvée par le Comité de Direction le 8 octobre 2021 prévoit que si une partie contractante décide de faire usage de cette possibilité, toutes les autres parties doivent reconnaître légalement ce transporteur comme exploitant responsable à

[1140] L'article Premier-1-c) de la Convention de Vienne.
[1141] L'article 1-a)-vi de la Convention de Paris.
[1142] Voy. *infra* Section 2, le choix de la personne responsable.
[1143] Pour la définition de l'accident nucléaire voy. l'article 1-a)- i) de la Convention de Paris et l'article Premier, 1)- l) de la Convention de Vienne 1997.
[1144] L'article 4-a)- iii) précise que cet opérateur peut être le transporteur lui-même. Ceci s'applique si le réacteur « fait partie » du moyen de transport. Cela dit, l'article ne se limite pas à un moyen de transport à propulsion nucléaire. Il devrait inclure tout autre réacteur faisant partie du moyen de transport y compris les navires munis d'installations de désalinisation nucléaire. Voy. les deux documents ci-dessous :
Eyl-Mazzega (M-A.), Cassignol (E.), « Géopolitique du dessalement d'eau de mer », Études de l'Ifri, Ifri, septembre 2022.
https://www.bbc.com/afrique/monde-61896309
[1145] L'article 4-d).

tous les sens de la Convention[1146]. La Convention de Vienne reprend essentiellement les mêmes règles quant au transport des matières nucléaires[1147].

D. Une responsabilité canalisée

Un principe commun aux régimes de Vienne et de Paris. La canalisation est une règle désormais classique de la responsabilité objective qui est reprise dans la totalité des régimes de la responsabilité civile. Pour rappel, elle consiste à présenter un seul acteur, souvent l'exploitant de l'activité dangereuse, comme responsable des dommages en question. Cela étant, toutes les autres personnes engagées dans l'activité dangereuse seront épargnées. Dans le régime nucléaire, la responsabilité est canalisée sur l'exploitant de l'installation nucléaire[1148]. En principe, les autres personnes impliquées dans l'exploitation nucléaire ne peuvent être poursuivies[1149].

Atténuations possibles. Les deux Conventions prévoient trois atténuations possibles au principe de la canalisation. On dit atténuation et non pas exception, car la canalisation continue à s'appliquer en présence de ces cas. La victime ne peut se tourner que vers l'exploitant. Cependant, il existe bien une atténuation, car, en présence de ces circonstances, l'exploitant aura un droit de subrogation vis-à-vis des acteurs nucléaires protégés. Autrement dit, il devra toujours indemniser les victimes selon la Convention, mais pourra ensuite se tourner vers les acteurs tiers, impliqués dans l'activité nucléaire.

La première atténuation concerne l'existence des règles contraires dans une autre convention, seulement dans le domaine du transport[1150]. Essentiellement, ce premier cas de figure laisse la porte ouverte à une responsabilité éventuelle du transporteur, en plus de l'exploitant. La deuxième atténuation concerne la possibilité d'une dérogation contractuelle. Autrement dit, si les autres acteurs nucléaires consentent à déroger à la canalisation, ils peuvent très bien le

---

[1146] Interprétation approuvée par le Comité de Direction le 8.10.2021 [NEA/SUM/DEC(2021)2 et NEA/NE(2021)14, Annexe 2, Appendice B. Pour le sens et la portée exacte de ces interprétations dans le cadre de l'OCDE voy. le Recueil des Décisions, Recommandations et Interprétations applicables à la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960, telle que modifiée par le Protocole du 12 février 2004, pp. 1-2.

[1147] L'article II-1)-iii) et iv) et l'article II-2).

[1148] Voy. *infra* le choix du titulaire de la responsabilité.

[1149] L'article 6-b) de la Convention de Paris, l'article II§5 de la Convention de Vienne. L'article 6-b) de la Convention de Paris :

« Sous réserve des dispositions du présent article, aucune autre personne n'est tenue de réparer un dommage nucléaire causé par un accident nucléaire ».

La Convention de Vienne reprend le principe dans des termes presque identiques.

[1150] *Ibid.*, deuxième partie des paragraphes en question.

prévoir dans un contrat conclu avec l'exploitant[1151]. J. Knetsch, l'un des plus grands spécialistes du domaine en droit privé, est d'avis que cette disposition peut être la clé pour régler les problèmes liés à la canalisation. Il suffirait que le législateur national impose aux opérateurs de prévoir une clause de subrogation, afin de neutraliser cette disposition[1152]. Cependant, la lettre et l'esprit des Conventions ne soutiennent pas vraiment cette proposition. Certes, les Conventions prévoient la *possibilité* d'une dérogation[1153] en cas de contrat dans ce sens. De là à en faire une imposition, il y a un grand pas à franchir. Ceci d'autant plus que la canalisation est un pilier de l'économie générale de ces Conventions. En réalité, cette méthode pourrait servir de solution temporaire, mais le fond du problème ne sera réglé qu'en supprimant la canalisation, qui viendra peut-être avec d'autres modifications nécessaires pour garder l'équilibre conventionnel. Enfin, la troisième atténuation concerne une faute intentionnelle de l'acteur concerné qui le prive de son avantage lié à la canalisation[1154].

La justification historique. Historiquement, la canalisation était une exigence des puissances nucléaires quand elles voulaient exporter leur technologie à une poignée d'États alliés. Elle avait commencé dès les années 1960 quand les fournisseurs américains ont apporté leur aide dans la mise en place du nucléaire en Europe. En sachant qu'elles n'étaient presque jamais l'exploitant de l'installation, elles voulaient s'assurer de ne pas porter une part de la responsabilité. À cela s'ajoute la difficulté de déterminer les primes d'assurances. En effet, il s'agissait, et il s'agit toujours, d'incidents peu probables, mais avec un risque de dommages très importants[1155].

En outre, au moins dans le domaine nucléaire, la création du principe légal de la canalisation (en comparaison avec la canalisation économique plus ancienne) était le résultat d'un rapport émanant de l'École de droit d'Harvard ainsi que *Atomic Industrial Forum* en 1959. Le rapport intitulé *International Problems of Financial Protection against Nuclear Risk,* avait marqué une

---

[1151] L'article 6-f) de la Convention de Paris, article X-a) de la Convention de Vienne.

[1152] Knetsch (J.), « La responsabilité civile nucléaire en Europe : Union ou confusion ? », la version écrite d'une conférence donnée le 15 juillet 2016 à Osaka, p. 40, [http://www.kansai-u.ac.jp/ILS/publication/asset/nomos/39/nomos39-03.pdf]

[1153] L'article 6-f) se lit ainsi :

« f) L'exploitant n'a un droit de recours que : i) si le dommage nucléaire résulte d'un acte ou d'une omission procédant de l'intention de causer un dommage nucléaire, contre la personne physique auteur de l'acte ou de l'omission intentionnelle »

[1154] L'article 6-f)-ii) de la Convention de Paris, article X-b) de la Convention de Vienne.

[1155] Voy. le site de l'Académie américaine des arts et des sciences : https://www.amacad.org/publication/nuclear-liability-key-component-public-policy-decision-deploy-nuclear-energy-southeast/section/4

Voy. aussi Knetsch (J.), « La responsabilité civile nucléaire en Europe : Union ou confusion ? », *op. cit.*, pp. 38-39.

nette rupture avec les règles de la responsabilité civile de l'époque. Selon le rapport, une fois que le fournisseur avait transmis les biens/composantes technologiques à l'exploitant, la responsabilité était aussi transférée à ce dernier. Il était donc considéré qu'avec le transfert des biens, le contrôle sur les risques y afférents était aussi transféré[1156]. À l'époque, aucune autre industrie n'avait exclu les sous-traitants des personnes potentiellement responsables[1157].

Le fondement pragmatique et la justification technique du principe. Il s'agit d'une règle dérogatoire au fonctionnement habituel du droit de la responsabilité. En principe, chaque personne répond de ses actes et il n'y a pas de hiérarchisation de responsabilité. La responsabilité objective, au contraire, canalise la responsabilité sur une seule personne en prévoyant l'irresponsabilité de toutes les autres. Ce principe, pour critiquable qu'il soit sur le plan théorique, est justifié par une simple raison pragmatique. Il s'agit d'une contrepartie de la responsabilité objective, sans laquelle les différents acteurs concernés auraient refusé l'application du régime.

Ce principe est aussi très lié à la notion de la garantie nucléaire. L'admission d'une responsabilité sans faute est très difficile en l'absence d'une garantie financière. Or, cette garantie ne peut pas couvrir l'ensemble des acteurs impliqués dans le secteur. L'absence de canalisation équivaudrait à une démultiplication des assurances qui ne serait pas pratiquement tenable. Autrement dit, la canalisation permet une prévisibilité qui est nécessaire pour convaincre les assurances. Ce principe est donc avant tout justifié par des arguments pragmatiques[1158].

Les critiques à la canalisation. En tant que principe exceptionnel, la canalisation a toujours été critiquée par certains États[1159] et la doctrine[1160]. Ce principe était peut-être justifié au début du lancement des activités nucléaires. Il pouvait rassurer les acteurs concernés face à une technologie qu'ils ne maîtrisaient pas parfaitement et par conséquent face aux risques peu prévisibles. Aujourd'hui, ce raisonnement n'est guère convaincant. Ce principe, aussi rassurant qu'il puisse paraître, contribue en réalité à déresponsabiliser une grande partie de la filière nucléaire (constructeur, fournisseur, transporteur, contrôle technique, etc.). Par conséquent,

---

[1156] Abraham (M.), *Nuclear Liability: A Key Component of the Public Policy Decision to Deploy Nuclear Energy in Southeast Asia*, the American Academy of Arts and Sciences, 2014, p. 9.
[1157] *Ibid.*
[1158] Voy. dans ce sens, l'Exposé des Motifs de la Convention de Paris, 19 février 2020, Document NEA/NLC/DOC(2020)1, Agence pour l'énergie nucléaire. n° 24-33. Voy. aussi l'Exposé de motif de la Convention Paris, 16 novembre 1982, approuvé par le Conseil de l'OCDE, n° 15 et 18.
[1159] Knetsch (J.), « La responsabilité civile nucléaire en Europe : Union ou confusion ? », *op. cit.*, p. 38.
[1160] *Ibid.*, p. 39.

avec certains autres membres de la doctrine[1161], nous pensons que ce principe n'a plus lieu d'être.

E. Une responsabilité garantie

Le principe de la garantie. Autre exemple typique d'un régime objectif, les deux Conventions prévoient une responsabilité garantie. Comme pour tous les autres régimes examinés, l'exploitant en question se doit de fournir une assurance[1162] à la hauteur des montants exigés[1163] par les Conventions. Pour comprendre le mécanisme conventionnel, il est important de connaître les trois niveaux de réparation prévus.

Le premier niveau de réparation. Le premier niveau incombe toujours à l'exploitant qui est tenu d'avoir une garantie financière suffisante. Selon la Convention de Paris, tout État contractant doit prévoir que la responsabilité de l'exploitant pour chaque accident nucléaire n'est pas inférieure à 700 millions d'euros[1164]. Selon la Convention de Vienne, ce premier niveau est moins important, à savoir de 300 millions de DTS[1165]. En revanche, tout comme le régime de Paris, il s'agit d'un montant minimum. Les États sont libres de prévoir un montant plus important[1166]. En outre, l'État peut prévoir un montant moins élevé, à condition que ce montant soit ensuite complété par les fonds publics, à la hauteur des 300 millions de DTS[1167].

Les niveaux complémentaires, régime de l'OCDE. Les deuxième et troisième niveaux sont prévus par la Convention complémentaire de Bruxelles telle que modifiée en 2004. Selon la Convention, le deuxième niveau incombe aux fonds publics que l'État d'origine devrait mettre en place[1168]. Il s'agit de fonds à la hauteur de 500 millions d'euros. Le troisième niveau est aussi prévu par des fonds publics, cette fois financés par l'ensemble des États parties, selon les modalités prévues par la Convention[1169]. Depuis 2004, le montant total est donc passé à 1500 millions d'euros.

[1161] Voy. par exemple, *ibid.*, pp. 38-41.
[1162] L'article 10 de la Convention de Paris ; l'article VII de la Convention de Vienne.
[1163] Voy. l'article 7(a), 7(b), 21(c) de la Convention de Paris; l'article V de la Convention de Vienne.
[1164] L'article 7(a) de la Convention de Paris.
[1165] L'article V-1-a) de la Convention de Vienne.
[1166] Pour des exemples de pratiques des États concernant les montants prévus, voy. Schwartz (J.), « Liability and compensation for third party damage resulting from a nuclear incident », pp.409-445 *in* Burns (S.G.), Nick (K.S) (ed.), *Principles and Practice of International Nuclear Law*, OCDE, 2022.
[1167] L'article V-1-b) de la Convention de Vienne.
[1168] L'article 3-b)-ii) de la Convention de Bruxelles 2004.
[1169] *Ibid.*, article 3-b)-iii).

Il est aussi intéressant de remarquer que le Protocole de 2004 a, pour la première fois, supprimé le caractère obligatoire des plafonds de la responsabilité. Désormais, les États sont libres de choisir des montants plus élevés, voire une responsabilité illimitée.

Les niveaux complémentaires-régime de l'AIEA. Le niveau complémentaire de la Convention de l'AIEA est régi par la Convention de Vienne sur la réparation complémentaire de 1997. Cette Convention ne prévoit pas un montant fixe pour le niveau complémentaire. Ce montant dépend d'un calcul mathématique en fonction de deux facteurs : le premier facteur est la puissance nucléaire installée sur le territoire de l'État contractant[1170] et le deuxième la quote-part de cette Partie dans le barème des contributions de l'Organisation des Nations Unies[1171]. En juin 2021, ce montant était de 103 millions de DTS. Il peut être augmenté à 300 millions de DTS si toutes les puissances nucléaires décidaient d'y adhérer[1172]. Cela étant, le montant total disponible est de 498 millions d'euros (selon les taux de change en septembre 2023), soit un tiers du maximum prévu par l'OCDE.

F. Une responsabilité plafonnée

Le plafonnement est un autre aspect classique des régimes objectifs. Il convient de présenter le contenu du principe (1.) avant d'apporter quelques critiques à son égard (2.).

1. La présentation du principe

Une autre exigence pragmatique. La responsabilité plafonnée est en réalité la contrepartie de la responsabilité objective telle qu'on la connaît. Les régimes de responsabilité objective enlèvent le poids de la détermination de la négligence. Il existe aussi une facilité considérable dans la désignation de la personne responsable, car tout dommage nucléaire résulte fatalement dans la responsabilité de l'exploitant. En contrepartie, l'on a accepté que cette responsabilité soit limitée. Aucune assurance n'accepterait une responsabilité illimitée et d'ailleurs plus le plafond est élevé, plus les frais de cotisation seront importants.

La limitation de responsabilité est donc la caractéristique commune des régimes de responsabilité objective. Mise à part la responsabilité spatiale, toutes les autres conventions prévoient une certaine forme de limitation à la responsabilité. Toujours est-il que ce plafond n'a cessé d'augmenter au cours des années.

[1170] Article 4-1-a)-i).
[1171] Article 4-1-a)-ii).
[1172] Schwartz (J.), « Liability and compensation for third party damage resulting from a nuclear incident », *op. cit.*, p. 444.

L'augmentation progressive du plafond. Dans sa première version, la Convention de Vienne prévoyait la possibilité de limiter la responsabilité de l'exploitant à un montant qui ne soit pas inférieur à 5 millions de dollars[1173]. Dans sa version actuelle, ce montant est augmenté à 300 millions de DTS (l'équivalent de 367 millions d'euros en août 2024). L'État peut prévoir un montant plus faible[1174] à condition que la différence avec le plafond de 300 millions soit couverte par des fonds publics[1175].

Dans sa version originale (1960), la Convention de Paris avait prévu un plafond de 15 millions de DTS. Grâce à une multitude de protocoles, actuellement la limitation de la responsabilité ne peut être inférieure à 700 millions d'euros[1176]. Ce montant peut être réduit à 70 millions d'euros à condition, encore une fois, que la différence soit couverte par des fonds publics[1177]. La particularité de cette Convention est qu'elle semble prévoir des conditions pour un plafonnement moins élevé que les 700 millions. Ces conditions sont relatives à la nature particulière et aux « conséquences prévisibles » de l'installation en question :

> « b) Nonobstant le paragraphe (a) du présent article et l'article 21 (c), une Partie Contractante peut,
>
> i) *eu égard à la nature de l'installation nucléaire en cause et aux conséquences prévisibles d'un accident nucléaire la mettant en jeu*, fixer un montant de responsabilité moins élevé pour cette installation, sans toutefois que le montant ainsi fixé puisse être inférieur à 70 millions d'euros ; »[1178]

Cette disposition permet de prévoir des montants moins élevés si « les substances nucléaires en cause, ne sont pas considérées par cette Partie Contractante comme susceptibles de causer des dommages significatifs, par comparaison avec d'autres installations et transports nucléaires »[1179]. L'objectif est d'éviter de mettre à la charge des exploitants nucléaires des coûts importants d'assurance ou de garantie financière[1180].

Quoi qu'il en soit, il faut savoir que ces montants sont des plafonds « minimums ». La logique est simple, les conventions cherchent à garantir une réparation aussi complète que possible. Il est largement accepté que la limitation de la responsabilité est la contrepartie nécessaire d'une responsabilité objective. Les deux Conventions reconnaissent cette exigence pragmatique, mais

---

[1173] L'article 5 de la Convention de Vienne (1963).
[1174] Ce montant ne peut pourtant jamais être inférieur à 5 millions de DTS (Article 5-2 Convention de Vienne (1997)).
[1175] L'article V-1 et V-2 de la Convention de Vienne (1997).
[1176] L'article 7-a) de la Convention de Paris (2004).
[1177] L'article 7-b) combiné avec l'article 10-c).
[1178] L'article 7-b) de la Convention de Paris (2004). Italiques ajoutés.
[1179] Exposé des Motifs de la Convention de Paris telle que modifiée par les Protocoles de 1964, 1982 et 2004, doc. NEA/NLC/DOC(2020)1/REV1/FINAL, 7 juin 2024, p. 34.
[1180] *Ibid.*

laissent la liberté aux États d'exiger des niveaux plus élevés de protection dans leurs législations internes[1181].

La suppléance étatique. Le dernier point qui mérite d'être souligné c'est le rôle de l'État dans la réparation des dommages nucléaires. Il faut dire encore une fois que l'État d'origine a un rôle important dans l'encadrement et le contrôle de l'activité nucléaire. Comme il a été mentionné pour les régimes de Bruxelles et de Vienne, l'État est susceptible de réparer lui-même les dommages causés s'il a décidé de prévoir un plafond moins élevé que celui prévu initialement par les Conventions (300 millions de DTS pour Vienne et 700 millions d'euros pour Paris)[1182]. Il faut ajouter que la Convention de Vienne n'exige pas que l'État présente une assurance ou garantie financière au cas où il serait lui-même l'opérateur en question[1183]. La logique est simple, l'État se porte garant de lui-même et il devra réparer les dommages causés selon les plafonds prévus par chaque Convention. À cet égard, il est aussi impératif de rappeler que les États ont renoncé à leur immunité de juridiction dans le cadre des contentieux en réparation, sous chacune des Conventions[1184].

2. Les critiques au principe

Un principe superflu. Il a déjà été dit que le plafonnement n'est aucunement une nécessité juridique qui serait inhérente à un régime objectif. Elle ne suit qu'une logique purement pragmatique. Il ne faut pas non plus oublier que certains États, non-parties aux régimes conventionnels, ont fait le choix de retenir un régime illimité. Cela étant, cette responsabilité illimitée sera attribuée, non pas aux assurances, mais à l'exploitant. On trouve des exemples aux États-Unis, en Allemagne, au Japon et en Autriche. La réalité économique du secteur dans ces États, étudiée par la doctrine[1185], nous apprend que ces choix n'ont pas pour autant mis en échec le secteur industriel. Dans les faits, l'absence de plafonnement a uniquement augmenté les primes d'assurances. Bien entendu, cette augmentation est en réalité supportée par les consommateurs, qui la paient dans leur facture d'électricité.

L'analyse économique du droit. Le sujet qui nous préoccupe est un domaine de prédilection pour l'analyse économique du droit. Les conventions qui régissent les activités dangereuses

---

[1181] Voy. dans le même sens l'article 15 a) et b) de la Convention de Paris (2004).
[1182] Voy. l'article 10-c) de la Convention de Paris.
[1183] Convention de Vienne, 1997, Article VII-2.
Au contraire, la généralité des termes de l'article 10 de la Convention de Paris (2004) sans mention de l'État, revient à exiger une assurance suffisante même pour un opérateur étatique.
[1184] L'article 13-j) Convention de Paris (2004), L'article XIV Convention de Vienne (1997).
[1185] Knetsch (J.), « La responsabilité civile nucléaire en Europe : Union ou confusion ? », *op. cit.*, pp. 36-38.

tentent à la fois de protéger les victimes et d'inciter les opérateurs à prendre des mesures préventives efficaces[1186]. Dans ce cadre, les analystes économiques ont effectué de larges recherches[1187] afin d'examiner les conséquences des choix juridiques, notamment le plafonnement, sur les objectifs du régime conventionnel. Ces études se basent sur les techniques statistiques afin d'examiner l'efficacité du système actuel et proposer des alternatives éventuellement plus efficaces. L'une de ces recherches a par exemple démontré, par le biais de méthodes empiriques, que l'augmentation des plafonds de la responsabilité aura une incidence positive sur la gestion du risque de l'exploitant jusqu'à un certain point. Cependant, elle précise qu'à partir de ce point, l'augmentation du plafond se révèle même contre-productive, car elle dissuade l'exploitant d'investir dans la prévention[1188]. Les auteurs proposent alors d'ajouter un autre niveau dans le régime de la responsabilité. Tout en gardant le plafond du premier niveau, il conviendrait de prévoir la responsabilité propre de l'exploitant à l'intérieur même de ce niveau. Autrement dit, la responsabilité du premier niveau devrait revenir aux assurances jusqu'à un certain seuil. Ensuite, le montant restant jusqu'au premier plafond devra être assuré par l'exploitant lui-même. Ceci aura donc un impact optimal sur les investissements de l'exploitant dans la prévention[1189].

§2 : Le rôle de l'État dans les régimes nucléaires

Une forte présence étatique. La forte présence des États dans le domaine nucléaire n'est pas un secret. Au départ purement public, ces activités ont depuis été ouvertes à la concurrence privée, avec une forte présence étatique. La sensibilité extrême de la question l'exigeant, l'État est présent à tous les niveaux. De ce fait, parmi les régimes de la responsabilité civile, le régime nucléaire se caractérise par une plus forte présence étatique. Il est donc nécessaire de se pencher sur les cas d'intervention de l'État et ce que cela implique pour le régime en question.

Pierre-Marie Dupuy envisage deux cas dans lesquels l'État voit sa responsabilité engagée. Le premier concerne la violation des obligations conventionnelles (A.) et le deuxième la

---

[1186] Schmitt (A.), Spaeter (S.), « Risque nucléaire civil et responsabilité optimale de l'exploitant », *Revue économique*, vol. 58, n° 6, 2007, p. 1332.
[1187] Voy. *ibid.*, la bibliographie.
[1188] *Ibid.*, pp. 1345-1347. En réalité, l'analyse est bien plus complexe que cela, mais dans le cadre d'une thèse qui se veut publiciste, nous avons choisi de garder une image générale des aspects privatistes. Cela étant, les rédacteurs ajoutent que la prévention ne dépend pas du seul plafond de la responsabilité, mais aussi des caractéristiques de la distribution du risque notamment de « l'élasticité de sa dérivée par rapport au niveau de prévention ». Le niveau de la réparation dépend aussi de la taille du parc nucléaire en question.
[1189] *Ibid.*

responsabilité directe de l'État (B.)[1190]. Ayant repris sa structure, nous essaierons de présenter une lecture critique de sa substance.

A. La violation des Conventions nucléaires

La faute étatique et sa combinaison avec la responsabilité objective de l'exploitant. Dupuy rappelle les différents cas possibles de la violation des Conventions nucléaires[1191]. De façon générale, il incombe aux États une obligation de contrôle sur les activités nucléaires. Les deux Conventions prévoient qu'il leur appartient de désigner ou de reconnaître l'exploitant en charge d'une installation nucléaire[1192]. Les États ont aussi une responsabilité large pour garantir la transposition des règles de la Convention dans leurs droits internes[1193]. Au-delà de ces obligations conventionnelles, les États ont aussi un devoir général de diligence due sur les activités nucléaires.

À première vue, la responsabilité des États dans ce cadre ne présente pas de difficulté particulière. Il s'agit d'une responsabilité classique pour fait illicite. La difficulté surgit pourtant quand on se rappelle qu'il y a là une combinaison des responsabilités classique et objective. L'exploitant sera toujours responsable en vertu de la Convention (donc la responsabilité objective). L'État, au contraire, est responsable en droit commun. La difficulté réside dans la combinaison des deux formes de responsabilité. Il a déjà été mentionné que la canalisation est une caractéristique importante des régimes de la responsabilité objective. L'existence d'un droit d'action indépendant contre l'État fautif ne contrevient-elle pas au caractère exclusif de la responsabilité de l'exploitant ?

Dupuy confirme la possibilité d'actions parallèles[1194] (l'une sur la base de la responsabilité classique et l'autre objective) en s'appuyant sur l'article XVIII de la Convention de Vienne qui est repris mot pour mot par la Convention de Paris[1195]. Dans sa première version citée par Dupuy, la Convention était tout à fait explicite. Elle prévoyait en effet que la Convention « ne peut être interprétée comme privant une partie contractante sur le territoire de laquelle des

---

[1190] Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p. 119 ss.
[1191] *Ibid*, p. 120.
[1192] L'article 1-a)-vi de Convention de Paris (2004); l'article Premier-1-c) de la Convention de Vienne (1997).
[1193] Voir à titre d'exemple l'article 7-a) de la Convention de Paris pour l'obligation de prévoir une responsabilité minimale de l'exploitant dans le droit interne. Voir aussi l'obligation de non-discrimination entre les victimes (article 7-j)) ainsi que la vérification de l'assurance obligatoire pour les exploitants (Article 10-a)). Les exemples mentionnés représentent seulement une partie des obligations incombant aux États.
[1194] Dupuy (P.-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, pp. 123-124.
[1195] L'ancienne annexe II, actuellement l'article 16 bis.

dommages auront été causés par un accident nucléaire survenu sur le territoire d'une autre partie contractante, des recours qui pourraient lui être ouverts en application du droit international. »

Cette interprétation rencontre pourtant deux difficultés importantes. La première, plus facile à surmonter, concerne la nouvelle version de ces articles dans les deux Conventions. En effet, dans sa dernière version en vigueur, cet article est moins explicite :

> « La présente Convention n'affecte pas les droits et les obligations d'une Partie contractante en vertu des règles générales du droit international public. »[1196]

Cet article ne mentionne plus les voies de recours ouvertes en application du droit international. Il mentionne seulement les « droits et les obligations » en vertu du droit international.

La deuxième difficulté, bien plus difficile à écarter, concerne le caractère exclusif de la responsabilité dans les deux Conventions. L'article 6-a) de la Convention de Paris (2004) se lit comme suit :

> « Le droit à réparation pour un dommage nucléaire causé par un accident nucléaire ne peut être exercé que contre un exploitant responsable de ce dommage nucléaire conformément à la présente Convention ; »[1197]

À l'article 6-b) d'ajouter :

> « Sous réserve des dispositions du présent article, aucune autre personne n'est tenue de réparer un dommage nucléaire causé par un accident nucléaire ; »

L'exposé de certains motifs de la Convention de Paris semble confirmer la possibilité d'actions parallèles (civile et interétatique). Dans son explication de l'article 6 (b) on lit :

> « Le principe de la responsabilité exclusive de l'exploitant contenu dans l'article 6(b) ne peut affecter l'application de certains accords internationaux existants dans le domaine des transports [voir paragraphe 48], *ni les principes du droit international public concernant la responsabilité éventuelle des États entre eux.* »[1198]

Au motif suivant d'ajouter :

> « Le principe suivant lequel la responsabilité doit être concentrée sur l'exploitant *implique essentiellement* qu'aucune action ne peut être intentée contre une autre personne et notamment contre une personne ayant fourni des services, des matériaux ou de l'équipement à l'occasion. » [1199]

Même si les motifs ne prévoient pas expressément la possibilité d'actions parallèles, la combinaison des deux motifs laisse peu de doute[1200]. L'objectif premier de la responsabilité

[1196] La Convention de Paris a vécu exactement la même évolution et l'article 16 bis de la Convention de Paris 2004 reprend mot pour mot l'article XVIII de la Convention de Vienne.

[1197] L'article 6-a) prévoit aussi la possibilité d'agir, directement, contre les assurances. Possibilité qui est sans incidence pour la question en présence.

[1198] Italiques ajoutés. Exposé de motif n° 28, p. 14.
Exposé des Motifs de la Convention de Paris, 19 février 2020, Document NEA/NLC/DOC (2020)1, Agence pour l'énergie nucléaire.

[1199] *Ibid*, Motif n° 29, pp. 14-15. Italiques ajoutés.

[1200] L'exposé de motif 1982 allait dans le même sens. Voy. n° 15-21 notamment le motif 17.

exclusive est de protéger la chaîne de production nucléaire. Cela dit, la canalisation cherche *essentiellement* les fournisseurs de biens et services ainsi que les transporteurs. Au contraire, les motifs laissent entendre que la question de la responsabilité étatique échappe à la Convention. Celle-ci portant exclusivement sur la responsabilité civile, elle est sans incidence sur l'application du droit international général lors d'un contentieux interétatique.

La Convention de Vienne, quant à elle, ne dispose pas d'exposé des motifs. Cependant, l'équivalence des dispositions ainsi que la convergence progressive des deux régimes plaident pour l'application de la même solution pour les deux régimes.

La détermination de la part de la responsabilité étatique. Deux séries de règles peuvent être pertinentes dans la détermination de ce partage. La première concerne les règles du droit international général, en cas de pluralité d'acteurs fautifs. Dans les Articles de 2001, la CDI s'est penchée sur ses règles concernant la pluralité d'États responsables[1201]. Dans ce cas, il existe un principe d'autonomie de responsabilité. Ce principe consiste en une responsabilité séparée et proportionnelle à la faute de chacun[1202]. La CDI met en garde contre une transposition automatique des règles du droit internes telles que la responsabilité solidaire ou conjointe. Cependant, elle précise qu'il s'agit d'une règle générale qui ne s'applique pas en présence de *lex specialis* conventionnelle[1203].

La deuxième série de règles pertinentes peut être trouvée dans les Conventions nucléaires elles-mêmes. Justement, on peut se demander s'il n'existe pas une telle *lex specialis* dans ce domaine. En effet, les deux Conventions prévoient une responsabilité solidaire, mais uniquement entre plusieurs exploitants nucléaires[1204]. Cela étant, il n'est pas certain que cette règle puisse être transposée dans la relation entre les exploitants et l'État. Il s'agit ici d'un choix entre, d'une part, le principe du droit international qui est l'autonomie de la responsabilité et, d'autre part, d'une exception possible qui est plus favorable aux victimes. Conformément à l'esprit général de cette recherche, nous privilégions l'intérêt des victimes.

[1201] Voy notamment l'article 47. Voy aussi les articles 16 à 19.

[1202] Voy. les commentaires à l'article 47 notamment §3, les Articles de 2001 et les commentaires y relatifs, p. 133.

[1203] *Ibid*.

[1204] L'article 5-d) Convention de Paris et L'article II-3)-a) de la Convention de Vienne. Il existe pourtant une différence importante entre les deux Conventions. Selon la Convention de Vienne la responsabilité est solidaire « dans la mesure où il est impossible de déterminer avec certitude quelle est la part du dommage attribuable à chacun d'eux ». La Convention de Paris ne prévoit pas une telle condition.

B. L'État responsable sur la base de la garantie

Dans ce paragraphe, on examine des cas dans lesquels l'État agit en tant qu'entité responsable non pas parce qu'il a violé les dispositions conventionnelles, mais parce qu'il est responsable soit en tant qu'exploitant nucléaire (1.) soit à titre complémentaire par rapport à un exploitant privé (2.).

1. L'État exploitant nucléaire

Une forte présence étatique. Nous avons déjà rappelé[1205] que malgré les mouvements de privatisation, la présence étatique est toujours très importante dans le domaine nucléaire. Sur le plan technique, Dupuy présente plusieurs dispositions des deux qui démontrent que l'exploitant peut bel et bien être une personne publique[1206]. Il n'est pas nécessaire de revenir sur ces dispositions. Il suffit de rappeler que la définition de l'exploitant dans les deux Conventions permet une telle situation. Le critère étant la désignation de l'exploitant par l'État, il peut très bien se désigner lui-même[1207].

La question de l'attribution. On peut poser la question de la portée d'une responsabilité étatique quant aux dommages créés par un opérateur public. Dupuy semble suggérer que si l'État a désigné un organisme public comme étant l'exploitant, ce sera cet organisme, et non pas l'État, qui sera responsable[1208]. Tout se passe comme si les actes de cette entité n'étaient pas automatiquement transposables à l'État. Nous ne pouvons pas adhérer à cette opinion. À l'époque où Dupuy a émis cette opinion, les travaux de la CDI n'étaient qu'à une étape primaire. Cela étant, les doutes étaient toujours importants quant aux règles d'attribution étatique. Bien entendu, ces doutes sont largement dissipés avec l'adoption des articles de 2001. En l'espèce, nous ne pouvons qu'adhérer aux conclusions de la CDI dans son article 4 de 2001. La généralité [1209]de cet article ne laisse pas de doute quant à l'attribution des actes de tout organisme public à l'État.

Le problème de l'immunité. Il existe une autre difficulté, moins étudiée et pourtant essentielle, à savoir l'immunité de l'État exploitant nucléaire. Cette difficulté est moindre pour les États

---

[1205] Voy. l'introduction de la présente section.
[1206] Dupuy (P-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, pp. 123-124.
[1207] L'article premier-c) de la Convention de Vienne ; l'article 1-vi) de la Convention de Paris.
[1208] Dupuy (P-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, p. 124.
[1209] Voy. les Commentaires de 2001 à l'article 4, notamment les paragraphes 5 et 6. Selon le paragraphe 6 :
« Ainsi, l'expression "un organe de l'état" utilisée à l'article 4 doit s'entendre dans son acception la plus large… Elle recouvre les organes publics de quelque nature et de quelque catégorie que ce soit, remplissant quelque fonction que ce soit… ».

parties à l'un ou l'autre des régimes conventionnels (l'OCDE ou l'AIEA). Ces États ont explicitement renoncé à leur immunité de juridiction[1210]. Elle ne devrait pas non plus être insurmontable pour les États non parties. Mis à part le nucléaire militaire, les autres opérateurs civils exercent une activité essentiellement commerciale. Il s'agit dans la grande majorité des cas de la production d'énergie, donc d'actes *jure gestionis*. *A priori*, l'immunité de juridiction ne devrait donc pas s'appliquer dans ce cas de figure[1211].

L'immunité d'exécution. Il peut être prétendu qu'en l'absence d'immunité d'exécution, le mécanisme conventionnel est défaillant. Or, ce constat peut facilement être refusé quand on se rappelle l'existence des assurances obligatoires. Si l'obligation de contracter des assurances a été respectée, il n'y a pas besoin de passer par des mesures coercitives. Cela dit, la simple suppression de l'immunité de juridiction, nécessaire pour pouvoir juger une entité publique, devrait suffire[1212]. Ceci d'autant plus que, de toute façon, la Convention prévoit une suppléance étatique, dans le cas où l'assurance n'est pas disponible ou n'est pas suffisante pour payer les indemnités[1213]. Certes, la bonne application de la Convention dépend toujours de la bonne foi des États contractants, mais dans ce domaine en particulier, on n'a aucune raison d'en douter. La plupart des États-exploitant nucléaires sont des États développés et ils ne devraient pas rencontrer de graves difficultés dans la réparation, au moins dans la limite des plafonds conventionnels.

Le rôle de l'État ne se limite pourtant pas aux cas où il est l'exploitant nucléaire. Il a aussi un rôle par rapport aux acteurs, même privés, agissant sous sa juridiction.

2. La responsabilité différée de l'État

La signification de cette forme de responsabilité. Il a déjà été mentionné que dans plusieurs cas, l'État intervient non pas en tant qu'exploitant nucléaire, mais plutôt pour compléter des sommes payées par les exploitants privés. Ce cas de figure est assez intéressant en ce qu'il

---

[1210] L'article 13-j) Convention de Paris ; l'article XIV Convention de Vienne.

[1211] Voy. la Convention européenne sur l'immunité des États, 1972, notamment l'article 7; la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, articles 10-21 notamment l'article 10; CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie ; Grèce [intervenant]), arrêt, *C.I.J. Recueil 2012*, notamment §59.

[1212] Bien sûr, il existe toujours le risque qu'un État de mauvaise foi refuse de se soumettre aux règles conventionnelles de réparation. Théoriquement l'État pourrait donc bloquer les mécanismes de l'assurance et refuser de payer les indemnisations. Or, ce problème va bien au-delà du cadre conventionnel, car, de toute façon, le procès lui-même devrait en principe avoir lieu dans l'État où le dommage a été créé (l'État d'origine, selon l'article 13-a, Convention de Paris et l'article XI, Convention de Vienne). Cela dit, si l'État est vraiment de mauvaise foi, il lui suffit de bloquer la procédure judiciaire et on n'en arrive même pas à l'assurance. Comme souvent en droit international, le mécanisme ne fonctionne que si on est face à un État de bonne volonté.

[1213] La Convention de Paris, article 10-c), La Convention de Vienne, article 7§1-a).

permet de questionner le fondement et la signification de cette responsabilité complémentaire[1214] de l'État.

La position de Dupuy. Dupuy adhère à une vision qui voit dans cette forme de responsabilité une responsabilité liée à la souveraineté étatique. Autrement dit, si l'État est responsable, c'est « en raison de la garantie et du contrôle qu'il exerce, à titre de puissance publique, sur les activités nucléaires développées sur son territoire ou sous son pavillon que l'État intervient »[1215]. Dans le cadre de cette interprétation, il existe une *lex specialis* conventionnelle, selon laquelle l'échéance d'un dommage traduit automatiquement un mauvais fonctionnement des autorités étatiques. Cette thèse voit dans chaque accident nucléaire une violation systématique de la diligence due. Il est aussi intéressant de remarquer que cette conclusion va dans le sens de la thèse sous-jacente de Dupuy qui ne croit pas en une règle générale de responsabilité objective[1216]. En effet, même quand la Convention met à charge des États une obligation absolue de réparation sans demander aucune preuve du fait illicite, il ramène toujours le régime au droit commun et à la diligence due.

Les critiques. Les critiques à une telle interprétation sont nombreuses. Premièrement, rien, ni dans les conventions ni dans les exposés de motifs, ne permet de déduire une telle intention de la part des rédacteurs des Conventions. L'une et l'autre (Paris et Vienne) sont silencieuses sur le fondement de cette responsabilité et ne mentionnent absolument pas une obligation de vigilance étatique. À cela il faut ajouter que la violation de diligence due, comme tout autre fait illicite, ne se présume pas et doit être démontré au cas par cas. D'ailleurs, l'examen des fonds d'indemnisation complémentaires et le rôle que l'État y joue contredisent cette interprétation.

Les fonds d'indemnisation complémentaires. Pour mieux connaître la nature de la responsabilité étatique, il peut aussi être fait référence aux fonds d'indemnisation complémentaire. En effet, la logique et le fonctionnement de ces fonds démontrent clairement que l'intervention de l'État se fait sur la base de garantie plutôt que la violation d'une obligation de diligence due.

Il faut savoir que la responsabilité complémentaire de l'État intervient dans deux cas de figure bien distincts. Le premier, tel qu'on l'a déjà vu, concerne les cas où l'État permet un plafond

---

[1214] Même si on peut se demander s'il s'agit d'une véritable responsabilité ou plutôt de la garantie étatique.

[1215] Dupuy (P-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, *op. cit.*, pp. 125-128.

[1216] En réalité Dupuy assume expressément cette prise de position :
« Les conventions nucléaires ne posent donc par cette *lex specialis* en exception au régime général du droit international *public*, et c'est là une nuance capitale qui les sépare encore de la convention sur la responsabilité pour les dommages causés par les objets spatiaux ».
Ibid., p. 127.

moins élevé que celui prévu par les Conventions[1217]. En effet, l'État peut décider de permettre un plafond moins élevé à condition qu'il prenne en charge la différence avec le montant conventionnel. Mais la responsabilité différée de l'État intervient aussi dans le cadre des fonds d'indemnisation.

Nous avons déjà expliqué le fonctionnement des fonds complémentaires[1218]. Nous avons vu que la réparation se fait, de manière progressive, par trois sources de garantie. Le rehaussement progressif du montant, réparti entre trois acteurs non fautifs, démontre la volonté réelle des rédacteurs. On voit bien qu'ici l'État, placé entre deux autres niveaux d'assurances, n'est qu'une garantie parmi d'autres. Le système n'est donc clairement pas dépendant de la faute, y compris la diligence due. Au contraire, il est fondé sur une volonté claire de garantie et la part de l'État n'a en réalité rien à voir avec son devoir de vigilance.

[1217] Voy. *supra*, sous-titre F, « une responsabilité garantie ».
[1218] Voy. *ibid.*

Conclusion de la Section 1

Des risques d'ampleur inédite. Le régime nucléaire est lui aussi à l'image du droit international dans lequel il s'inscrit. Il est le résultat concret des rapports de force longuement établis entre les différents acteurs concernés. Nous avons exprimé une multitude de critiques quant aux règles du fond, mais l'essentiel revient à critiquer les inégalités et le risque d'injustice faite aux victimes. Le régime est l'archétype d'une responsabilité objective stricte avec les traits classiques tels que le plafonnement, la canalisation et la responsabilité garantie. Nous avons vu que les deux premiers principes sont en réalité des concessions faites aux États pour les convaincre d'accepter le principe d'une responsabilité objective. Or, ils peuvent coûter cher aux victimes, très cher quand il s'agit des risques d'une pollution nucléaire. Il est donc encore plus urgent de revenir aux fondamentaux du droit de la responsabilité classique. En effet, la déviation aux règles bien établies de la responsabilité classique n'a aucune justification valable dans les cas d'espèce.

Une forte présence étatique. Ce régime est aussi caractérisé par une forte présence étatique qui nous rappelle les limites d'une séparation stricte entre le public et le privé dans une économie de plus en plus mixte. Nous avons vu que cette présence se rapproche de l'idée de garantie et peut donc appuyer l'aspect public de la responsabilité objective. Cette intervention étatique est telle qu'elle met en doute la pertinence de la distinction entre la responsabilité étatique et civile.

Section 2 : La responsabilité pour les pollutions par les hydrocarbures : le modèle d'une responsabilité privée performante

Un domaine stratégique. Malgré les réticences liées à la protection de l'environnement, les hydrocarbures sont toujours la première source d'énergie dans le monde. Les estimations diffèrent, mais se situent entre 76 % à 84 % de la part de l'énergie mondiale[1219]. Il est difficile d'anticiper précisément l'avenir de ces énergies. Cependant, certaines études anticipent que nous ne sommes même pas arrivés au sommet de la production d'hydrocarbures. Selon l'une de ces recherches, ce n'est pas seulement la demande pour ces énergies qui ne va pas diminuer considérablement, mais aussi les consommateurs qui vont être soumis à une concurrence de plus en plus forte afin d'obtenir ces ressources relativement bon marché[1220].

Un domaine à risque. L'histoire du droit de la responsabilité connaît une multitude d'accidents majeurs liés au transport d'hydrocarbures. Il est intéressant de remarquer que ces accidents ont souvent eu un impact direct dans le développement du droit de la responsabilité. Le premier instrument international majeur, la CLC, était une réponse directe à l'accident du *Torrey Canyon.* Les révisions de la CLC ont été directement influencées par l'accident de l'*Amoco Cadiz* et par la marée noire de l'*Exxon Valdez* à l'origine du droit américain relatif aux pollutions par les hydrocarbures. Ces risques continuent à hanter les côtes du monde entier, avec des navires de plus en plus grands et un environnement de plus en plus fragile. Cela étant, les dangers dans ce domaine sont toujours présents et le besoin de mettre à jour le droit se fait clairement ressentir.

Un domaine à succès. Il pourrait être reproché à la responsabilité objective d'être un domaine fort théorique, rarement consolidé par la jurisprudence. Cette critique ne peut pas être facilement écartée pour les domaines spatial et nucléaire. En revanche, elle est totalement infondée pour la pollution par les hydrocarbures. Hélas, les marées noires sont nombreuses et régulières. Il existe aussi un nombre assez important d'exemples jurisprudentiels sur la

---

[1219] Voy. à titre d'exemple Mawdsley (J.), Espey (C.), « renewables v. Hydrocarbons, the energy reality », disponible à :
https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/documents/event/Renewables%20vs.%20Hydrocarbons%2C%20The%20Energy%20Reality.pdf
voy. aussi :
https://explorer.aapg.org/story/articleid/63781/the-role-of-hydrocarbons-in-the-energy-transition

[1220] Litvinenko (V.), « The Role of Hydrocarbons in the Global Energy Agenda: The Focus on Liquefied Natural Gas », *Resources*, vol. 9, n° 5, 2020, pp 3-4.

pollution par les hydrocarbures dans le droit international privé[1221]. En ce qui nous concerne, la difficulté n'est donc pas l'existence des exemples concrets, mais plutôt leur aspect privatiste.

L'annonce du plan. Comme pour les dernières sections de ce titre, nous devons commencer par un examen des différents accords pertinents pour mieux saisir le schéma général du régime. Après une brève présentation (§1), le régime de la responsabilité (§2) et ses défauts seront examinés (§3).

§1 : La présentation du régime applicable

Un régime hétéroclite. Dans la Première Partie, nous avons déjà présenté, très brièvement, la CLC. Cette présentation très générale avait pour but d'examiner la pratique étatique et l'*opinio juris* à travers notamment les ratifications et les réserves émises par les États. Le présent paragraphe cherche plutôt à examiner le contenu des mécanismes applicables. Par conséquent, au regard de la complexité de ces mécanismes, une présentation plus approfondie s'impose.

Dans le domaine des hydrocarbures, les régimes applicables peuvent être distingués en fonction de la provenance du dommage. Celui-ci peut être causé par une multitude de sources, les navires, les installations terrestres ou off-shore, les pipe-lines, etc. L'ensemble de ces sources ne sont pas couvertes par le droit conventionnel applicable qui ne régit que les pétroliers. Il existe aussi un accord volontaire régional (l'OPOL[1222]) qui s'applique aux installations off-shore, mais qui n'inclut que certains États européens.

Quant aux pétroliers, il existe deux types de mécanismes : obligatoires et volontaires. Les mécanismes obligatoires s'imposent aux acteurs concernés (A.). En revanche, les mécanismes volontaires sont un choix libre des entreprises qui ont décidé de réparer certains dommages en dehors de toute obligation légale (B.). En dehors de ces mécanismes, il existe aussi deux autres régimes de réparation qui prévoient une responsabilité objective (C.). D'importance moindre, ces mécanismes n'ont pas besoin d'être développés séparément. Cela dit, au lieu d'examiner les détails de leur régime, on se contentera d'une présentation générale de ces mécanismes.

[1221] Depuis leur création, les fonds d'indemnisation ont connu 150 accidents d'envergures diverses dans le monde entier :
https://iopcfunds.org/fr/a-propos-des-fipol/#

[1222] Offshore Pollution Liability Agreement.

A. Les mécanismes obligatoires

Un développement progressif. Encore aujourd'hui, le droit international applicable en la matière est régi par la CLC. La Convention a d'abord été adoptée en 1969. Depuis, elle a été modifiée à plusieurs reprises. Sa version en vigueur est celle de 1992 qui est le produit d'un protocole de la même année.

À l'image des autres régimes de responsabilité objective, ce régime aussi prévoit plusieurs niveaux de réparation. Il existe deux Fonds complémentaires qui cherchent, essentiellement, à augmenter le niveau de la protection des victimes. Il s'agit du Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (ci-après FIPOL) et du Fonds complémentaire.

Le FIPOL. Il a été pensé en même temps que la CLC. Pour des raisons qui seront développées plus tard[1223], le consentement des États à ratifier la CLC était conditionné par l'existence d'un Fonds complémentaire. Cela dit, la Convention de FIPOL a été adoptée seulement deux ans après la CLC (en 1971). Elle a ensuite été modifiée à plusieurs reprises dont la dernière fois en 1992 (la Convention en vigueur).

Le FIPOL met en place un Fonds qui a pour vocation de compléter la réparation accordée par la CLC. Ce Fonds tente de créer un équilibre financier dans la prise en charge des accidents maritimes. Au contraire de la CLC qui prévoit la responsabilité du seul transporteur, le FIPOL est financé par le secteur énergétique à savoir, les entreprises pétrolières. Cela étant, l'objectif est de partager les risques qui sont liés à la fois à l'activité du transport, mais aussi à la nature de la marchandise transportée. De ce fait, la logique constitutive des deux conventions (la CLC et le FIPOL) est à la fois complémentaire et interdépendante.

Le Fonds complémentaire. Le Fonds complémentaire a été institué par un Protocole de 2003 à la Convention FIPOL de 1992. Il a pour objectif principal d'augmenter le niveau de la réparation. Le maximum du niveau de réparation étant de 89 millions de DTS pour la CLC[1224] et de 203 millions de DTS pour le FIPOL, il passe à 750 millions pour le Fonds complémentaire.

Les conventions destinées à être remplacées. Pour connaître le régime de la pollution par les hydrocarbures, il est nécessaire de comprendre le statut de leur ratification. L'objectif affiché est de remplacer les Conventions d'origine, la CLC de 1969 et le FIPOL de 1971, par les

---

[1223] Voy. *infra*, Les mécanismes complémentaires.

[1224] Ce montant s'applique depuis l'entrée en vigueur de l'amendement du 18 octobre 2000. L'amendement est entré en vigueur depuis le 1er novembre 2003.

protocoles de 1992. Cet objectif a été parfaitement atteint pour le FIPOL qui s'applique désormais dans sa version de 1992, entre l'ensemble des États parties[1225]. Il n'a pas été totalement atteint pour la CLC, car quelques États membres n'ont toujours pas ratifié le protocole de 1992[1226].

B. Les mécanismes volontaires

Dans le domaine des hydrocarbures, il existe deux mécanismes de paiement qui ont des fonctionnements fort différents. Il s'agit d'abord du couple TOVALOP-CRISTAL (1.) qui était un véritable mécanisme de réparation et ensuite du STOPIA-TOPIA[1227] (2.) qui a plutôt pour but d'augmenter le rôle des transporteurs maritimes dans la réparation.

1. La présentation du couple TOVALOP-CRISTAL

Un besoin réel. Ces mécanismes ont été conçus comme une alternative à la CLC, mais ont pris fin en 1997. Néanmoins, ils ont constitué une expérience juridique fort intéressante, car il s'agissait des mécanismes volontaires et particulièrement souples. Ils seront donc examinés au regard, à la fois, de leur importance historique et de leur place en tant que source d'inspiration pour des systèmes à venir. La création de ce mécanisme volontaire était une réponse directe aux accidents maritimes, notamment le *Torrey Canyon*. Conscient des effets sur leurs relations avec les États récepteurs du pétrole ainsi que sur l'opinion publique, le secteur industriel a décidé de mettre en place un mécanisme volontaire de réparation. Ce mécanisme était d'autant plus nécessaire qu'à l'époque, il n'y avait aucune certitude quant à l'issue du droit conventionnel. Il y avait donc besoin d'une alternative au cas où le régime de la CLC ne serait pas bien accueilli par les États. Cela dit, il est intéressant de remarquer que les armateurs pétroliers ont eux-mêmes pris cette initiative, sans qu'ils y soient obligés.

Un accord privé quasi universel. En effet, le TOVALOP est un accord privé entre les armateurs pétroliers. Il a été signé entre sept multinationales d'armement pétrolier, le 7 janvier 1969. Au 6 octobre 1969, la date de son entrée en vigueur, 50 % des pétroliers mondiaux en

---

[1225] 120 États étaient parties à la Convention au 30 septembre 2022. Voy. la note explicative générale disponible sur le site du FIPOL :
https://iopcfunds.org/fr/a-propos-des-fipol/cadre-juridique/convention-de-1992-portant-creation-du-fonds-et-protocole-portant-creation-du-fonds-complementaire/

[1226] En 2023, seuls 5 États parties à la CLC n'ont pas adopté les protocoles de 1992. Il s'agit du Brésil, de la Libye, du Kazakhstan, de la Guinée équatoriale et de Sao Tomé-et-Principe.

[1227] STOPIA est l'acronyme pour *Small Tanker Oil Pollution Indemnification Agreement*. TOPIA est le même sans le premier mot (*Small*).

étaient membres. Ce chiffre était augmenté à 97 % en 1997[1228]. Il est intéressant de relever l'adhésion quasi universelle des acteurs privés, qui en dit long sur l'attrait d'un régime souple et volontaire.

Le fonctionnement du système. En réalité, il s'agit d'un mécanisme assez complexe qu'il n'est pas nécessaire de voir dans les détails. Pour l'essentiel, le TOVALOP avait repris un fondement de responsabilité identique à la CLC[1229]. Il s'agissait d'une responsabilité objective stricte qui d'ailleurs constituait aussi un système à deux niveaux. Le premier était régi par le TOVALOP et le deuxième par le CRISTAL.

Un système souple, rapide et efficace. Au départ, l'attrait de l'Accord résidait dans la protection des victimes en l'absence du droit conventionnel. Il proposait une alternative au droit conventionnel si l'État concerné n'était pas partie à la CLC. Cependant, le TOVALOP a gardé son intérêt même après l'adhésion large des États au régime conventionnel. En présence du droit conventionnel, l'intérêt du TOVALOP résidait dans l'alternative qu'il proposait aux victimes. Le choix qui leur était offert était simple. Soit, ils décidaient d'aller devant les tribunaux dans l'espoir d'une réparation potentiellement illimitée[1230], soit ils se contentaient d'une réparation moins importante, mais rapide. En effet, les procès portant sur les déversements d'hydrocarbures ont souvent été longs, très coûteux et à l'issue incertaine. Le TOVALOP offrait, au contraire, une réparation rapide et peu chère.

À l'image du commerce international qu'il représente, le TOVALOP était un mécanisme très souple. Par rapport au régime conventionnel, il était beaucoup plus facile à modifier et beaucoup plus flexible dans ses relations avec les victimes[1231]. Comparé aux régimes conventionnels, complexes et souvent très difficiles à modifier, ce système fait réfléchir quant à l'opportunité des modèles flexibles et volontaires.

2. Le STOPIA et le TOPIA

Une question d'équilibre. Après l'interruption du TOVALOP, les transporteurs maritimes ont de nouveau ressenti le besoin d'un mécanisme volontaire. Cette fois, le besoin provient de la mise en place du Fonds complémentaire (2003). Le mécanisme de la lutte contre les pollutions

---

[1228] Wu (C.), *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures*, *op.cit.*, p.130.

[1229] Cependant, le TOVALOP était au départ basé sur une présomption de faute. Ce fondement avait créé une distance majeure avec la CLC qui allait fragmenter le système. De ce fait, depuis 1978, la clause V du TOVALOP a repris le fondement objectif de la CLC.

[1230] Bien sûr, il leur fallait démonter la faute de la personne responsable pour obtenir une telle réparation. Voy. aussi Wu (C.), *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures*, *op.cit.*, p.141.

[1231] Voy. à ce propos *ibid.*, p. 134 ss.

fonctionne grâce à un partage de tâches au sein des secteurs concernés. Avant la mise en place du Fonds complémentaire, ce partage se faisait par le biais de deux niveaux de réparation. Les transporteurs prenaient en charge le premier niveau (la CLC) et les chargeurs, le deuxième (le Fonds de 1992). Or, la mise en place du Fonds complémentaire, financé exclusivement par le secteur pétrolier, a déséquilibré le système. En réponse à ce déséquilibre, le secteur du transport maritime a consenti à un engagement volontaire qui cherchait à augmenter leur participation.

STOPIA pour rembourser le FIPOL. Le STOPIA et le TOPIA ont essentiellement la même vocation qui est de rembourser les deux Fonds d'une partie de leurs dépenses. L'objectif étant, encore une fois, d'équilibrer le rôle de chacun des secteurs concernés. Ils s'appliquent à tous les navires-citernes assurés par des membres de l'*International Group of P&I Association* et qui sont réassurés selon le dispositif de « *pool* » de ce groupe[1232].

Le STOPIA est un contrat privé entre les propriétaires des navires-citernes, mais qui a aussi des répercussions sur leurs assurances. Pour les navires d'un poids maximal de 29 548 tonneaux de jauge brute (tjb), le montant total de la participation est de 20 millions de DTS[1233]. Si la pollution entre dans les cas de réparation du FIPOL, il lui appartient de débourser sa part, avant d'être remboursé par le STOPIA.

TOPIA pour rembourser le Fonds complémentaire. Quand la STOPIA traite du FIPOL, le TOPIA, lui, traite du Fonds complémentaire. Il s'applique aux pétroliers plus grands (plus de 29 548 tjb). Le TOPIA est plus ambitieux que le STOPIA, car il rembourse la moitié des dépenses effectuées par le Fonds complémentaire qui peuvent être des sommes très importantes[1234]. Encore faut-il que le navire concerné soit inclus dans les accords volontaires.

C. Les autres conventions

Une brève présentation des régimes. Dans le cadre du droit des hydrocarbures, il existe aussi deux autres accords en vigueur qui prévoient la responsabilité objective. Il s'agit de la Convention de 2001 sur les hydrocarbures de soute et de l'Accord OPOL sur les plateformes pétrolières. Sur le fond, ces accords prévoient des règles très proches de celles de la CLC. L'OPOL quant à lui est un accord volontaire régional. De ce fait, nous allons nous concentrer sur le régime principal (la CLC) et nous contenter d'une brève présentation de ces deux régimes.

[1232] Voy. la présentation du site officiel du FIPOL : https://iopcfunds.org/about-us/legal-framework/stopia-and-topia/
[1233] La Clause IV-C) du STOPIA 2006 tel que modifié en 2017.
[1234] La Clause IV-C) du TOPIA 2006 tel que modifié.

La Convention sur les hydrocarbures de soute. Adoptée le 23 mars 2001 à Londres, elle est entrée en vigueur sept ans plus tard, le 21 novembre 2008. En 2018, elle comptait 107 États parties. La Convention est calquée sur le régime de la CLC. Les articles 3 et 4 prévoient essentiellement les mêmes règles de fond que la CLC. Les deux différences notables concernent l'obligation des assurances et la limitation de la responsabilité. Quant aux assurances, la jauge brute minimum exigeant une assurance obligatoire est de 1000 tjb (2000 tjb pour la CLC)[1235]. Quant à la limitation, l'article 6 ne prévoit pas expressément les limites de la responsabilité. Elle ne prévoit qu'une *possibilité* de limitation, si un droit national ou international le permet[1236].

L'OPOL. L'un des grands défauts du régime de la CLC concerne son champ d'application restreint, qui ne couvre pas les installations off-shore[1237]. Il n'existe pas de texte de portée universelle qui puisse combler cette lacune. Cependant, il existe un régime régional, qui s'applique à tous les États côtiers de l'Union européenne, ainsi qu'à la Norvège. Au départ, l'accord était pensé comme une solution intermédiaire, en attendant la ratification de la Convention de 1977 sur l'exploitation du sous-sol marin[1238]. La Convention de 1977 n'étant jamais entrée en vigueur, l'OPOL s'est vu élargir son champ d'application[1239].

Un régime volontaire. L'une des particularités du régime des hydrocarbures est le recours fréquent aux régimes volontaires. Conscientes des risques de leurs activités, les entreprises pétrolières ont parfois accepté de mettre en place des schémas volontaires de réparation, sans qu'une convention internationale quelconque l'exige. En l'espèce, cet accord est conclu entre les entreprises pétrolières. En 2011, il couvrait l'ensemble des opérateurs pétroliers off-shore de la région[1240]. Il prévoit une responsabilité totale jusqu'à 250 millions d'euros[1241].

Un régime insuffisant. Au-delà de sa portée géographique limitée, cet accord est largement insuffisant pour des accidents de grande ampleur. Les expériences historiques telles que Deepwater Horizon ont montré l'ampleur parfois catastrophique de ces accidents[1242]. À la

---

[1235] L'article 7 de la Convention de 2001.
[1236] L'article 6 donne l'exemple de la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée.
[1237] Voy. *infra* les défauts du régime conventionnel.
[1238] L'intitulé complet de la Convention est le suivant : La Convention sur la responsabilité pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin.
[1239] Allen (J.), « A Global Oil Stain - Cleaning up International Conventions for Liability and Compensation for Oil Exploration/Production », *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, vol. 25, n°1, 2011, p. 94
[1240] *Ibid.*
[1241] Plus précisément, l'accord prévoit un montant maximal de 125 millions de dollars pour les mesures de sauvegarde et la même somme pour les dommages dus à la pollution.
[1242] Voy. *infra* les défauts du régime conventionnel.

différence des pétroliers qui disposent d'une cargaison limitée, les plateformes sont liées à un réservoir de pétrole beaucoup plus grand. De là résulte le risque de pollutions particulièrement importantes[1243].

§2 : Le régime de la responsabilité

Le régime de la responsabilité en matière des hydrocarbures est essentiellement régi par la CLC (A.). C'est elle qui statue sur les questions les plus importantes. Cependant, il existe aussi des règles prévues dans la Convention FIPOL qui sont nécessaires pour la compréhension du régime de la responsabilité (B.).

A. Le régime de la CLC

Pour examiner le régime de la CLC, il faut d'abord connaître son champ d'application (1.), ensuite il faut mettre l'accent sur les traits caractéristiques de la responsabilité objective. Il s'agit d'une responsabilité objective (2.), canalisée (3.) sur le seul propriétaire (4.), limitée (5.) et garantie (6.).

1. Le champ d'application

Le champ d'application matériel. La plus grande limitation de la Convention concerne son application aux seuls navires[1244]. Nonobstant les débats importants sur la définition même du navire[1245] qui peuvent induire une limitation additionnelle, la Convention ne couvre pas l'ensemble de la chaîne industrielle. Les activités de l'extraction (notamment les installations off-shore[1246]), de la raffinerie et du chargement échappent au champ d'application matérielle de la Convention[1247]. Une fois de plus, il faut attendre les catastrophes industrielles pour pouvoir attirer l'intérêt des États. En l'espèce, l'accident du Deepwater Horizon a été très emblématique,

---

[1243] Pour une analyse dans le même sens voy. Cameron (P.), « Liability for Catastrophic Risk in the Oil and Gas Industry », *International Energy Law Review*, n° 6, 2012, p. 211. Voy. aussi Ong (D.), « Regulating Environmental Responsibility for the Multinational Oil Industry: Continuing Challenges for International Law », *International Journal of Law in Context*, vol. 11, n° 2, June 2015, p. 159.

[1244] L'article Premier, §6-a).

[1245] Voy. l'article Premier, §1.

[1246] Voy. à cet égard, Allen (J.), « A Global Oil Stain - Cleaning up International Conventions for Liability and Compensation for Oil Exploration/Production », *op. cit.*, p. 90-107; Cameron (P.) « Liability for Catastrophic Risk in the Oil and Gas Industry », *op. cit.*, pp. 207-219.

[1247] Ce défaut du régime a d'ailleurs été confirmé par les experts de l'Institut océanographique. Dans une conférence tenue le 30 mars 2012 à Paris, les experts de l'Institut ont rappelé les défauts du cadre juridique existant par rapport à l'exploitation off-shore.
Voy. Ong (D.), « Regulating Environmental Responsibility for the Multinational Oil Industry: Continuing Challenges for International Law », *op. cit.*, p. 159.

car il a concerné une installation off-shore[1248]. En outre, la Convention est aussi limitée à la seule pollution, laissant de côté les conséquences directes d'une explosion[1249].

Le champ d'application géographique. Le champ d'application géographique aussi pose un sérieux problème aux victimes. En effet, l'article II-a) de la Convention limite son application au territoire (y compris la mer territoriale) et la zone économique exclusive des États parties à la Convention. Cela étant, l'application du Traité dépend, non pas de la nationalité du navire ou de son propriétaire, mais du lieu de survenance du dommage. Deux raisons semblent avoir justifié ce choix. Premièrement, en transport maritime, les liens de rattachement avec les États du pavillon ou même avec le propriétaire du navire peuvent être ténus. Cela étant, ce critère peut être conçu comme étant peu fiable. Deuxièmement, le critère retenu pousse les États côtiers, indépendamment de leur niveau d'engagement dans le transport d'hydrocarbures, à ratifier la CLC. La doctrine rapporte l'exemple des États qui ont ratifié la Convention, essentiellement par crainte du nombre important des passages de pétroliers étrangers.[1250]

Un critère très problématique. Le critère retenu est pourtant très problématique en ce qu'il prive les ressortissants et les États non parties de toute indemnisation. Il est entendu que le passage des navires dans les eaux territoriales doit être inoffensif[1251] et respectueux des droits de l'État côtier dans la ZEE[1252]. Or, le critère retenu par la Convention condamne doublement l'État côtier. D'un côté, la CNUDM leur demande de laisser passer ces navires dangereux. De l'autre, la CLC leur impose les conséquences d'une activité dangereuse qui ne leur apporte aucun avantage.

La justification historique. Cette situation était plus supportable avant 1998. Avant cette date, Le TOVALOP pouvait pallier ce défaut, car il retenait la nationalité de la personne responsable. En sachant que la quasi-totalité des transporteurs maritimes de l'époque était partie au TOVALOP, les défauts de la CLC pouvaient être couverts par ce mécanisme alternatif. Après la cessation de cet organisme de réparation, le critère géographique est d'autant plus insupportable.

[1248] Voy *infra*, sous-titre B).
[1249] Article II-a).
[1250] Bloodworth (S.), « Death on the high seas: the demise of TOVALOP and CRISTAL », *Journal of Land Use & Environmental Law*, Printemps 1998, vol. 13, n°2, pp. 443-458
[1251] L'article 19 de la CNUDM.
[1252] L'article 58§ 3 de la CNUDM.

2. Le fondement de la responsabilité

Objectiviser ou pas : telle est la question. Les négociations qui ont mené à l'adoption de la CLC sont très enrichissantes afin de mieux connaître le régime de la responsabilité objective. Les débats au sein de la Conférence de Bruxelles portaient sur deux variantes quant au fondement de la responsabilité (l'article III). C. Wu a très bien expliqué les deux variantes et leur incidence en droit privé. Notre objectif n'est certes pas de faire doublon à son travail. L'on se permet pourtant d'utiliser sa recherche justement pour illustrer les enjeux pratiques de la question.

Les deux variantes en question étaient celles de la responsabilité objective ou la responsabilité pour faute avec renversement de la charge de la preuve. La délégation anglaise avait défendu la responsabilité classique pour des raisons pragmatiques. Selon elle, la responsabilité objective aurait résulté dans le doublement, au moins, des primes d'assurances ainsi que dans la réduction de la couverture dont bénéficiait l'exploitant[1253]. Cependant, selon les partisans de la responsabilité objective, l'incidence sur les frais d'assurances était « douteuse ». En outre, le renversement de la preuve aurait à la fois retardé et rendu plus coûteuses les procédures[1254].

Les défenseurs peu attendus. La délégation américaine s'était jointe aux Français, Suédois et Canadiens pour défendre la deuxième variante, prévoyant la responsabilité objective[1255]. Il est intéressant de remarquer que ces délégations étaient parfaitement conscientes du besoin de la responsabilité objective. Wu a présenté leur position :

> « il peut y avoir pollution sans qu'il y ait pour autant faute du navire transporteur. Un navire-citerne peut entrer en abordage avec un navire à cargaison sèche dans des conditions où ce dernier est seul responsable. Un navire peut sombrer par grosse mer et des hydrocarbures s'échappent sans qu'il y ait faute de la part du navire ou de son propriétaire. »[1256]

Reste à savoir, pourquoi, dans d'autres contextes tout à fait similaires, ces mêmes États font la sourde oreille quant aux arguments en faveur de la responsabilité objective ?

La solution finalement retenue. L'article III§1 de la Convention a finalement retenu une responsabilité objective stricte (*strict liability*)[1257]. La responsabilité est objective en ce qu'elle est imposée au propriétaire du navire sans preuve d'une faute quelconque. Elle est stricte en ce qu'elle prévoit aussi des cas d'exemption. Il s'agit, selon l'article III§2, de trois cas distincts :

[1253] Wu (C.), *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures*, *op.cit.*, p. 71.
[1254] *Ibid.*
[1255] *Ibid.*, p. 72.
[1256] *Ibid.*
[1257] L'article III§1 se lit ainsi :
« 3. Le propriétaire du navire au moment d'un événement ou, si l'événement consiste en une succession de faits, au moment du premier de ces faits, est responsable de tout dommage par pollution causé par le navire et résultant de l'événement, sauf dans les cas prévus aux paragraphes 2 et 3 du présent article »

les conflits armés et la *force majeure*[1258], la faute d'un tiers[1259] et la négligence d'une autorité publique[1260]. L'article III§3 y ajoute la faute de la victime elle-même. Bien entendu, la charge de la preuve revient au propriétaire du navire.

Une rédaction critiquable des cas d'exonération. L'article III prévoit quatre cas d'exonération. Cependant, il ajoute des limites incohérentes à chacun de ces cas. Pour la faute d'un tiers ou la négligence d'une autorité publique, il faut que le dommage résulte « en totalité » de cette faute ou négligence[1261]. Pour la faute de la victime, le dommage doit en résulter « en totalité ou en partie ». Pour le conflit armé et la *force majeure*, aucune mention n'est faite de l'incidence, totale ou partielle de cette cause[1262]. Nous ne voyons pas en quoi, une cause doit être exclusive afin de justifier l'exemption. Nous ne voyons pas non plus la justification d'une différence entre les différentes causes d'exonération. Selon nous, il faudrait appliquer la même logique à l'ensemble de ces faits : à cause partielle, exonération partielle.

La facilité due aux assurances. Pendant les négociations diplomatiques, les discussions les plus longues ont porté sur le fondement ainsi que sur le titulaire de la responsabilité[1263]. Cependant, un compromis n'a pu être trouvé que grâce à la logique de garantie. Il était plus aisé d'arriver à une solution acceptable pour tous, car, au bout du compte, cette responsabilité devait incomber principalement aux assureurs privés. D'ailleurs, dès le départ, on avait prévu de mettre en place un Fonds complémentaire qui devait faciliter les discussions diplomatiques. Cela dit, il semble que les négociateurs ont sous-estimé le montant potentiel des dommages en question. Les garanties financières ont pu « rassurer » les États sans forcément apporter une « assurance » satisfaisante aux victimes.

3. Le choix du titulaire de la responsabilité

La CLC de 1992 impose la responsabilité au seul propriétaire du navire à l'origine du dommage. Il s'agit de la question qui a été le plus longuement débattue au cours de la Conférence de

---

[1258] Article III §2-a)
[1259] Article III §2-b)
[1260] Article III §2-c)
[1261] « 2. Le propriétaire n'est pas responsable s'il prouve que le dommage par pollution :
b) résulte *en totalité* du fait qu'un tiers a délibérément agi…
c) résulte *en totalité* de la négligence ou d'une autre action préjudiciable d'un gouvernement… »
Italiques ajoutés.
[1262] Wu est d'avis qu'en absence de précision, même une incidence partielle de la *force majeure* résulte dans une exemption totale. Il est intéressant à noter qu'il arrive à une conclusion opposée pour les dommages causés partiellement par la victime. Quant à nous, nous ne voyons pas en quoi une incidence partielle de la *force majeure* doit résulter dans une exemption totale. Si la cause est partielle, il en va de même pour ses conséquences.
Voy. Wu (C.), *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures*, *op.cit.*, p.75.
[1263] *Ibid.*, p.70.

Bruxelles. Le débat principal portait sur le choix entre le transporteur et le chargeur (i.). Les parties se sont mises d'accord sur le transporteur, mais ce choix nous semble particulièrement critiquable (ii.).

i. La dualité transporteur-chargeur

Les propositions étatiques. C. Wu a expliqué les différentes positions pendant la conférence diplomatique de Bruxelles (CLC 1969)[1264]. Il n'est pas nécessaire de reproduire l'ensemble de ces positions. Les débats portaient notamment sur deux choix décisifs. Le premier concerne un choix entre le transporteur et le propriétaire de la cargaison. Le deuxième concerne le choix entre les différentes personnes pouvant être considérées comme le transporteur.

Le choix entre le transporteur et le propriétaire de la cargaison. L'intérêt du sujet vient d'une dualité quant à la gestion du risque. D'une part, la personne en charge de l'activité dangereuse est le transporteur. D'autre part, ce danger est essentiellement lié à la nature de la marchandise transportée et non pas à l'activité de transport. Il n'empêche que si l'on mettait la charge de la responsabilité sur le seul propriétaire d'hydrocarbure (les entreprises pétrolières), on risquerait de déresponsabiliser le transporteur. Dans ce cas, l'on perdrait un moyen de pression efficace afin de maximiser la diligence du transporteur.

En dehors des questions de la stratégie juridique, le choix de la personne responsable est aussi influencé par sa solvabilité. En comparaison avec les transporteurs, les entreprises pétrolières semblent être davantage en mesure de réparer les dommages, notamment ceux qui sont catastrophiques.

Le choix du transporteur responsable. Deux personnes pouvaient potentiellement être désignées comme le transporteur responsable, à savoir l'exploitant et le propriétaire du navire. Le choix classique de la responsabilité objective, celui de l'exploitant, a été défendu par certaines délégations au cours de la Conférence de Bruxelles[1265]. Ce choix est plus compatible avec la théorie générale de la responsabilité objective en ce qu'il retient son critère essentiel. Il s'agit de la personne effectivement chargée de l'activité dangereuse. Cependant, ce choix a été critiqué comme n'appartenant pas au droit maritime. Selon la délégation française, il s'agissait d'un terme emprunté au domaine nucléaire qui ne respectait pas les traditions du droit maritime[1266].

[1264] *Ibid.*, pp. 62-67.
[1265] *Ibid.*, pp. 65-67.
[1266] *Ibid.*, p. 66.

Le choix finalement retenu. La Convention a finalement retenu la responsabilité du transporteur (et non pas celle du propriétaire de la cargaison). Quant aux choix offerts afin de déterminer qui est le transporteur, la Convention s'est penchée vers le propriétaire du navire. Chu a expliqué que dans l'esprit des États, il s'agissait aussi d'un choix de facilité et de sûreté[1267]. Le terme exploitant peut s'avérer ambigu dans un domaine qui fait intervenir une multitude d'acteurs économiques. Au contraire, le navire étant immatriculé, le propriétaire est facile à trouver. Or, dans les faits, ce choix s'est révélé plus problématique que prévu.

ii. Les critiques au choix retenu.

La priorité aux assurances. En l'espèce, la difficulté vient de la nature des activités du transport maritime qui font intervenir une pluralité de personnes sur le même navire. Qui plus est, le recours aux pavillons de complaisance et aux sociétés-écrans est aussi monnaie courante[1268]. Face à ces difficultés, la solution réelle serait de mettre l'accent non pas sur l'entité responsable, mais sur la garantie qu'elle offre. Au fond, peu importe laquelle des options déjà expliquées est retenue. Si les garanties financières étaient suffisamment élevées, ce serait finalement l'assurance qui prendrait en charge l'indemnisation. Le seul inconvénient aurait été l'effet indésirable sur la vigilance du transporteur dont la réponse est à trouver plutôt dans le montant des franchises.

En effet, tant que les dommages sont dans la limite des plafonds conventionnels et que le propriétaire n'est pas en faute, le choix de l'entité responsable ne montre pas ses limites. Les difficultés commencent dès que le dommage dépasse les plafonds et en présence d'un propriétaire fautif. Dans ce cas de figure, il y a avant tout besoin d'une entité solvable. Il suffit que le propriétaire soit une société-écran ou même peu fortunée pour que les victimes se voient dépourvues. Selon nous, la réponse à cette situation est double. Avant tout, il faut reconnaître que les plafonds de la responsabilité ne sont pas suffisants pour faire face aux accidents graves. La réponse première réside donc en priorité dans le niveau des plafonds conventionnels.

La responsabilité solidaire. Ensuite, quant au choix de la personne responsable, nous privilégions les options qui augmentent la chance des victimes pour être réparées. Le meilleur choix est sans doute la responsabilité solidaire du propriétaire de la cargaison et de l'exploitant du navire. Le chargeur n'a pas forcément un contrôle sur l'activité du transport. Cependant, la responsabilité solidaire (notamment en cas de dépassement des plafonds de responsabilité)

[1267] *Ibid.*, pp. 66-67.
[1268] Voy. *ibid.*, pp. 219-221.

favorise sa vigilance quant au choix du transporteur. L'expérience de différentes marées noires a montré les risques du désengagement des chargeurs. Ils risquent en effet de choisir le transporteur sur le seul critère financier, en négligeant ses capacités opérationnelles[1269]. La responsabilité solidaire du transporteur et du chargeur devrait favoriser leur vigilance. Ceci d'autant plus qu'ils pourraient être condamnés à une réparation potentiellement illimitée (en cas de faute).

Le choix du propriétaire de la cargaison. À défaut, il faut privilégier le propriétaire de la cargaison, très souvent l'entité la plus solvable. Selon nous, à l'image du droit nucléaire, cette option est toujours celle à privilégier. En effet, le transport des hydrocarbures partage, dans une moindre mesure, les particularités du droit nucléaire[1270]. En temps normal, il faut privilégier la responsabilité du transporteur, car c'est lui qui est en charge de l'activité à l'origine du dommage. Or, le transport des matières dangereuses s'écarte radicalement de la logique originaire. Ici, le risque réel n'est pas le dommage *au* navire (aux passagers ou leurs bagages), mais *par* le navire. Dans le transport des personnes et des biens, le curseur est mis sur le transporteur, car l'accent est mis sur la protection des passagers, directement sous son contrôle. Or, en droit maritime et nucléaire, l'accent est mis sur les dommages que la matière dangereuse peut causer aux tiers. Il est donc préférable de retenir la responsabilité de la personne qui en tire le plus de profit, à savoir les entreprises pétrolières.

Ce constat est quelque peu rééquilibré par l'intervention du FIPOL. En sachant que ce dernier est financé par les importateurs pétroliers[1271], il existe *de facto* un partage des responsabilités entre les transporteurs et les importateurs. Cependant, ce partage ne règle pas le problème d'un transporteur fautif et incapable d'assumer la réparation intégrale.

La responsabilité du transporteur. Pour finir, et même si on reprenait toujours la responsabilité du transporteur, le choix de l'exploitant effectif est à privilégier. Ce choix offre une plus grande flexibilité dans la désignation de la personne responsable, ce qui réduit les risques des situations les plus problématiques. En effet, dans le modèle actuel, même si le propriétaire a cédé l'exploitation du navire à un affréteur, il reste le seul responsable. Or, en choisissant le critère de l'exploitation effective, on évitera une situation figée qui ne prend pas en compte la réalité de l'activité dangereuse.

[1269] L'état du pétrolier Erika en est un exemple parlant. Le chargeur, l'entreprise Total, était très probablement en mesure de choisir un transporteur plus « sûr ». Or, le transport a été effectué par un navire en piètre état.

[1270] Pour un avis contraire voy. Wu (C.), *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures*, *op.cit.*, pp. 219-220.

[1271] Voy. *ibid.*, pp. 188-192 ; l'article 10 de la Convention FIPOL de 1992.

4. La canalisation de la responsabilité

Une règle inadaptée. La canalisation est une autre règle « pragmatique » qui tend à convaincre les États de participer au régime conventionnel. En épargnant tout sauf l'un des acteurs, on cherche à rassurer les différentes personnes impliquées dans le transport maritime. Selon un auteur[1272], les rédacteurs de la CLC se basaient aussi sur le possible changement du propriétaire de la cargaison au cours du transport alors que le propriétaire du navire ne pouvait pas changer aussi facilement. Il a aussi été mentionné qu'à l'époque de la rédaction de la Convention, les compagnies pétrolières étaient souvent à la fois propriétaires de la cargaison et du navire. Par conséquent, il n'y avait pas de différence entre la responsabilité du chargeur et celle du transporteur. Or, le transport maritime d'hydrocarbure étant devenu moins rentable, elles se sont progressivement retirées de cette activité. Cela étant, les justifications originaires du principe sont devenues de plus en plus obsolètes.

L'évolution du principe. Au départ, l'article III de la CLC avait exclu la responsabilité des préposés du navire (dont le capitaine). En 1992, cette exclusion a été sensiblement étendue. La nouvelle liste inclut notamment tout affréteur, armateur ou armateur-gérant[1273]. Cela dit, cette exclusion n'est pas absolue et la Convention prévoit la possibilité de déroger à ce principe. En effet, les personnes protégées ne peuvent être poursuivies « à moins que le dommage ne résulte de leur fait ou de leur omission personnelle, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage, ou commis témérairement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement. »[1274] Ce principe s'inscrit dans la volonté des États parties de ne déroger à la canalisation que dans des cas exceptionnels. Il peut pourtant pénaliser les victimes en limitant les possibilités qui leur sont offertes. Les limites de ce principe ont été mises en avant dans l'affaire *Erika*.

L'affaire *Erika*. Battant pavillon maltais, *Erika* était affrété par la société Total, armé par l'Italien Giuseppe Savarese et soumis au contrôle de la société de classification Rina, basée en Italie. Vieux de 25 ans, le contrôle technique et l'état de sécurité de l'*Erika* montraient une grave défaillance de la part de ces opérateurs. Cela étant, il a fait naufrage le 12 décembre 1999 au large de la Bretagne, déversant plus de 30 000 tonnes de fioul lourd dans la mer. Cet accident a été un point culminant dans le droit français, européen et même international. Au niveau

[1272] Langavant (E.), *Droit de la mer*, T. 1, p. 155, Cujas, 1979, p. 1551 cité *in* Lavenue, Jean-Jacques, « Pour une responsabilité du propriétaire de la cargaison et des acteurs engagés dans l'activité de transport par mer des hydrocarbures ? », 5ème Conférence Internationale de Droit Maritime, Le Pirée, 29 septembre au 2 octobre 2004.
[1273] Voy. la liste complète à l'article III§4.
[1274] *Ibid.*

européen, il a été à l'origine des trois Paquets Erika visant à renforcer la sécurité maritime au bord des États membres[1275]. Sur le plan international, il a été l'un des principaux accidents qui ont motivé l'adoption du protocole de 1992 de la CLC. L'ensemble de ces instruments ont ensuite eu un effet significatif en droit français.

Les défauts de la canalisation. Dans sa décision de 2012, la Cour de cassation déroge assez largement au principe de canalisation[1276]. Essentiellement, elle retient l'exception de l'article III (la faute téméraire) en contournant le recours aux sociétés-écrans. L'affaire met en avant les deux principaux problèmes relevant de la canalisation en droit maritime. Premièrement, comme souvent en droit maritime, une multitude d'acteurs étaient impliqués dans les défauts du navire. Deuxièmement, et l'affréteur et le propriétaire ont eu recours à des sociétés-écrans. Le navire était détenu par la société *Tevere shipping*, une entreprise à navire unique (*single-ship company*) détenue par un individu totalement incapable de réparer les dommages subis. En outre, le navire était affrété par une filiale off-shore de Total dénommée *Total Transport Corporation* (ci-après TTC). Par conséquent, une application stricte de la canalisation pouvait être très problématique, car elle revenait à imposer toute la responsabilité au propriétaire, incapable de réparer les dommages subis.

La solution de la Cour de cassation. La Cour de cassation utilise deux méthodes pour dépasser la canalisation. La première est une interprétation large de l'exception à la canalisation prévue à l'article III§4. La Cour constate une faute téméraire de la part de toutes les parties responsables, à savoir le propriétaire, l'affréteur et la société de classification. Ensuite, quant à l'affréteur, elle retient la responsabilité de la société mère et non pas la TTC. Ces solutions, aussi favorables qu'elles puissent être pour les victimes, sont loin d'être évidentes sur un plan purement technique.

La faute téméraire. Quant à la faute téméraire, la solution de la Cour est critiquable surtout vis-à-vis de l'affréteur, la TTC. Cette société avait effectué une procédure de « *vetting* » à l'égard de l'Erika. Cette procédure volontaire consiste en une inspection approfondie du navire impliquant un contrôle technique assez renforcé. Selon la Cour, ce contrôle était de nature à mettre en évidence les faiblesses d'un navire âgé de 24 ans « inapte à naviguer en Atlantique

[1275] Pour consulter ces Paquets voy. : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Al24230

[1276] Affaire d'*Erika*, Cour de Cassation, Chambre criminelle, Arrêt n° 3439 du 25 septembre 2012, Pourvoi n° 10-82.938.

par période de tempêtes. »[1277] Par conséquent, selon la Cour, le représentant de Total « avait nécessairement conscience qu'il s'en suivrait probablement un dommage par pollution »[1278].
Or, au regard des faits de l'espèce, cette solution peut être critiquée. La Cour d'appel elle-même avait retenu une faute téméraire sans pour autant qu'il y ait connaissance d'un dommage éventuel. Certains membres de la doctrine ont aussi déclaré qu'une appréciation *in concreto* des preuves présentées par Total n'aurait pas permis une telle conclusion[1279]. Ce qui est sûr, c'est qu'il s'agit là d'une interprétation souple de l'exception conventionnelle, pas tout à fait compatible avec la volonté des rédacteurs de la CLC. L'objectif poursuivi est compréhensible, mais la méthode ne l'est pas vraiment.

La responsabilité de la société mère. Pour faire remonter la responsabilité jusqu'à la société mère, la Cour d'appel avait eu recours à la notion de « l'affréteur de fait ». Cette solution revient à faire abstraction de la société off-shore et à prendre en compte l'entreprise effectivement en charge de l'activité. La Cour de cassation, bien que ne reprenant pas explicitement la notion d'affréteur de fait, fait abstraction de la personnalité juridique distincte de TTC pour arriver à responsabiliser la société Total[1280]. La Cour s'est alors basée sur la présence d'un cadre de Total SA (la société mère) dans la procédure de *vetting* et d'un rapport préparé à l'issue de cette procédure par cette personne. Selon la Cour, l'ensemble des preuves avancées montraient bien que Total exerçait un véritable contrôle sur la TTC. En conséquence, la Cour dépasse la distinction artificielle entre les deux sociétés pour conclure à la responsabilité de Total. Il y a là un message fort envoyé aux entreprises multinationales concernant leur recours aux sociétés-écrans. Quant à nous, il nous semble que la solution de la Cour d'appel mérite d'être explicitement reprise et soutenue. Effectivement, si le tribunal arrive à établir que la société en question n'est qu'une façade, désignée pour protéger la société mère, il faut retenir le critère de la direction ou de la gestion effective.

5. La limitation de la responsabilité

Une disposition classique. Comme la quasi-totalité des autres régimes de responsabilité sans faute, la CLC prévoit aussi une responsabilité plafonnée. Condition *sine qua non* pour les assurances, ce principe a été accepté unanimement au cours de la Conférence de Bruxelles[1281].

[1277] Affaire *Erika*, *op. cit*, pp. 315-316.
[1278] *Ibid*, p. 316.
[1279] Voy. par exemple Delbecque, Philippe, « L'arrêt "Erika" : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *Recueil Dalloz*, n° 40, 2012, p. 2718.
[1280] Affaire *Erika*, 2012, pp. 315-316.
[1281] Voy. Wu (C.), *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures*, *op.cit.*, p.77.

Les montants de ces plafonds ont été revus à la hausse à plusieurs reprises et les montants actuels varient entre 4 510 000 et 89 770 000 DTS en fonction de la jauge du navire. Assez logiquement, ces limites ne s'appliquent pas si le dommage a été causé par un fait ou une omission « personnelle » de l'exploitant[1282]. Cette faute personnelle sera déterminée par les tribunaux nationaux en charge de l'affaire[1283]. Cela étant, ce montant peut être augmenté à 203 millions de DTS par le FIPOL et à 750 millions par le Fonds complémentaire.

Le contre-exemple états-unien. En évoquant le plafonnement de la responsabilité, on ne peut pas faire abstraction d'un exemple très parlant qui est celui des États-Unis d'Amérique. Après le choc de l'accident *Exxon Valdez,* les États-Unis ont décidé de prévoir leur législation propre concernant les dommages par les hydrocarbures. L'*Oil Pollution Act* (ci-après l'OPA) a donc prévu une responsabilité non canalisée[1284] et potentiellement illimitée. Même si la CLC avait aussi prévu la possibilité d'échapper au plafonnement, les conditions de ce dépassement sont beaucoup plus souples dans l'OPA[1285]. Frontalement opposés à ces dispositions, les P&I clubs avaient même suspendu l'émission des certificats d'assurance pour les navires abordant les États-Unis après l'adoption de cette loi. Sous la pression du gouvernement américain, ils ont fini par reprendre leur activité. En l'espèce, les États-Unis ont été en mesure d'imposer leur volonté, ce n'est pas le cas de tout le monde[1286].

Ce n'était d'ailleurs pas la seule fois où les États-Unis se sont distingués par leur force de conviction. Si l'on prend l'accident de Deepwater Horizon, l'on voit un autre exemple de la soumission d'une grande multinationale au gouvernement américain. À la suite de cet accident, British Petroleum a payé au total environ 62 milliards de dollars à des titres divers (dommages-

---

[1282] L'article V§ 2 de la CLC.

[1283] *Ibid.*, pp. 78-79.

[1284] Le principe de la responsabilité de l'OPA est inclus dans la section 1001 (32) (A) sur les définitions de l'Act. Dans cette section la partie responsable est définie comme suit :
« *In the case of a vessel, any person owning, operating, or demise chartering the vessel.* »
Cet article se désintéresse du propriétaire de la cargaison pour désigner comme responsable le propriétaire, l'affréteur coque nue ou l'opérateur du navire.

[1285] Il existe deux différences principales entre le système américain et la CLC. La première concerne la méthode de calcul de responsabilité. Les deux systèmes offrent une alternative de choix : soit un montant fixe, soit un montant variable en fonction du poids de la cargaison. Néanmoins, la CLC exige de se baser sur le montant le moins élevé et l'OPA sur le plus élevé. Par conséquent, sous le régime américain, plus le tonnage est important, plus le choix par tonne est rentable pour les victimes. Dans les faits, la méthode américaine permet d'atteindre des sommes extrêmement importantes. Voy. le § 1004 de l'OPA en comparaison avec l'article V de la CLC 1992.
La deuxième différence concerne la possibilité d'échapper au plafonnement. Les exceptions américaines sont si souples que le principe même de limitation nous semble hypothétique. Voy. §1004 (c) de l'OPA.

[1286] Pour trouver d'autres exemples quant au pouvoir de « conviction » des États développés voy. Ong (D.), « Regulating Environmental Responsibility for the Multinational Oil Industry: Continuing Challenges for International Law », *International Journal of Law in Context*, vol. 11, n° 2, juin 2015, pp. 161-171.

intérêts, sanctions, mesures de lutte, etc.)[1287]. L'affaire a aussi donné suite au plus grand règlement judiciaire (*settlement*) de l'histoire américaine à la hauteur de 20 milliards de dollars[1288]. Il n'est pas nécessaire de faire la comparaison avec les accidents similaires dans les États moins « convaincants ». Les enjeux sont clairs, les intentions aussi.

Une disposition très critiquable. Une autre critique doit être émise dans le cadre des dispositions relatives au plafonnement de la responsabilité. L'article V sur le plafonnement explique aussi la distribution des sommes disponibles entre différents créanciers. Pour pouvoir bénéficier du plafonnement, le propriétaire doit constituer un fonds s'élevant à la limite de sa responsabilité. La distribution du fond se fait proportionnellement aux montants des créances admises. La Convention prévoit aussi la subrogation du propriétaire du navire ou de toute autre personne aux droits d'une personne éventuellement indemnisée avant la distribution du fonds[1289]. Jusqu'ici, on ne constate aucune anomalie. La Convention prévoit pourtant une possibilité d'indemnisation du propriétaire par le fonds qui nous semble injustifiée.

Dans le cadre des mesures d'intervention, il est possible que le propriétaire soit obligé de faire des sacrifices consentis afin de réduire la pollution. Ces sacrifices peuvent inclure tout dommage consenti au navire pour empêcher la propagation des dommages. La Convention dispose que ces dommages sont réparables par les fonds d'indemnisation. Qui plus est, selon l'article V§ 8 de la Convention, le propriétaire a les droits *équivalents* aux autres créanciers pour ses dommages. Il n'est pas difficile de comprendre les considérations extrajuridiques derrière ce choix. Il s'agit sans doute d'une mesure incitative qui tend à convaincre le propriétaire de consentir à de telles mesures. Cela étant, le principe même d'une réparation éventuelle n'est pas incompréhensible. Ce qui est incompréhensible, c'est de mettre sur pied d'égalité les victimes innocentes et l'entité responsable des dommages. Même si on peut comprendre le principe de cette incitation, il convient de trouver une formule qui prenne en compte le statut du navire comme l'origine du dommage, peut-être en le relayant à un niveau ultérieur dans la réparation.

[1287] Voy. les sites ci-dessous :
https://www.ft.com/content/0a71ce8c-24b9-11e5-9c4e-a775d2b173ca; https://mediascol.ac-clermont.fr/lycee-simone-weil-le-puy-en-velay/2022/01/11/deepwater-horizon-une-catastrophe-petroliere-sans-precedent/
Selon certains auteurs, la BP aurait caché le montant réel des paiements qui dépasse les 140 milliards de dollars. Voy. Garza-Gomez (X.), Lee (Y.G.), Lee (R.), « Ultimate Costs of the Disaster: Seven Years After the Deepwater Horizon Oil Spill », Corporate accounting and finance, vol. 29, n°1, janvier 2018, pp. 69-79.

[1288] Voy. le site ci-dessous :
https://www.bbc.com/news/business-34449678

[1289] Article V§5.

6. L'assurance obligatoire

Une disposition très critiquable. L'article VII§ 1 de la Convention prévoit une obligation d'assurance. Les autres paragraphes prévoient les modalités d'une telle assurance, peu stimulante en dehors de leurs détails administratifs. Cependant, la Convention prévoit une condition importante qui met en exergue ses imperfections. En effet, selon l'article VII§1, seuls les navires transportant plus de 2 000 tonnes d'hydrocarbures en tant que cargaison sont concernés par cette obligation. Dans sa thèse de doctorat, Wu nous apprend que certains navires possédant une citerne « déformante » peuvent contenir une quantité importante d'hydrocarbures de soute, parfois aussi importante que la cargaison. Ayant étudié les négociations menant à cette disposition, elle nous apprend aussi que cette disposition est purement pragmatique, tenant à ne pas trop alourdir le système des assurances[1290].

Il s'agit, là aussi, d'une disposition extrêmement critiquable qui démontre les limites d'une solution transactionnelle. Le minimum est particulièrement important, 2000 tonnes d'hydrocarbures, rien qu'en cargaison. Certes, cette limitation concerne la seule obligation d'assurance et non pas le principe de la responsabilité. Il n'empêche qu'il y a là un risque d'injustice flagrante pour les victimes, notamment face aux transporteurs peu fortunés[1291]. C'est une preuve de plus que « l'assurance » psychologique que peuvent apporter certains mécanismes conventionnels, peut être aussi fragile que trompeuse[1292].

Il est à ajouter que si l'État en question est partie à la Convention sur le Fonds de 1992, les montants non réparés devraient être couverts par le Fonds (l'article 4-1-b)). Le Fonds quant à lui devrait être indemnisé par le STOPIA à la hauteur de 20 millions DTS[1293]. Encore faut-il que l'État en question soit partie à la Convention de Fonds de 1992 et que STOPIA soit maintenu en vigueur[1294]. Il est clair que la solution à privilégier est la réduction du tonnage requis pour l'assurance obligatoire.

[1290] Wu (C.), *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures*, *op.cit.*, pp. 82-83.

[1291] Cela étant, il ne faut pas oublier que pour les États parties au FIPOL, le Fonds peut se substituer au propriétaire dans tous les cas où il n'est pas en mesure de réparer les dommages lui-même. Voy. *infra* les cas d'intervention de FIPOL.

Encore faut-il que l'État en question soit partie au FIPOL. Il existe, encore aujourd'hui, des États qui ne sont parties à aucune des deux Conventions (CLC ou FIPOL) ou qui ne sont parties qu'à la CLC. Dans les deux cas, l'incapacité du propriétaire est équivalente à la privation des victimes.

[1292] Pour une appréciation conforme, mais plus nuancée voy. Wu (C.), *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures, op.cit.*, p. 83.

[1293] Si STOPIA ne devait pas s'appliquer, cette situation porterait atteinte à l'équilibre visé par le mécanisme conventionnel entre les transporteurs et les chargeurs. En effet, même si le FIPOL prenait en charge les dommages en question, la charge aurait été transférée aux seuls chargeurs qui financent exclusivement le FIPOL. Voy. à cet égard Jacobsson (M.), « The International Liability and Compensation Regime for Oil Pollution from Ships - International Solutions for a Global Problem », 32 *Tul. Mar. L.J.*, vol. 32, n° 1, 2007, p.18.

[1294] Il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'un engagement volontaire des transporteurs qui peut être retiré.

Une exception pour les navires détenus par l'État. L'article VII§12 prévoit une exception à l'assurance obligatoire pour les navires qui sont la propriété d'un État. Dans ce cas, l'État en question doit fournir un certificat attestant que la responsabilité de ce navire est couverte dans le cadre des plafonds de la CLC (l'article V)[1295]. Il y a là une ouverture possible à la responsabilité de l'État en tant que tel même si elle sera toujours exercée selon une procédure du droit privé.

B. Le régime du FIPOL

En réalité, le FIPOL n'est qu'un Fonds qui tente de compléter la réparation accordée en vertu de la CLC (1.). De ce fait, l'essentiel de son régime se résume à l'examen de ses cas d'intervention (2.).

1. La logique du FIPOL

Une Convention nécessaire pour compléter la CLC. Au moment de l'adoption de la CLC, les États parties étaient conscients des limites de la CLC. Les montants de réparation étant assez faibles[1296], ils avaient donc prévu de compléter ce premier niveau de réparation par un Fonds (le FIPOL) prévoyant des sommes plus importantes. Cela étant, la conférence diplomatique de Bruxelles avait abouti à deux documents. Le premier était la CLC elle-même et le deuxième une résolution qui invitait l'Organisation maritime consultative internationale (O.M.C.I.) à élaborer une convention sur le Fonds complémentaire. Ce texte a été adopté deux années plus tard sous la forme de la Convention de 1971 portant création du FIPOL. Cette Convention a ensuite été complétée par les protocoles de 1976, 1984 et 1992.

Des sommes plus importantes. Le Fonds est alimenté par des contributions versées par les importateurs d'hydrocarbures c'est-à-dire les sociétés qui reçoivent les hydrocarbures sur le territoire des États parties. Selon la CLC de 1992, la responsabilité du propriétaire du navire est limitée à 89 770 000 millions de DTS. Au-delà de ce montant, le FIPOL complète la réparation dans la limite des 135 millions de DTS. Ce montant peut atteindre un maximum de 200 millions de DTS si les dommages sont causés par des phénomènes naturels.

[1295] Cette disposition a été imposée par l'URSS selon laquelle ces entreprises publiques avaient suffisamment de moyens pour faire face à leur responsabilité.
Wu (C.), *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures*, *op.cit.*, p. 85.
Cependant, il semble qu'en l'espèce, même si l'entreprise en question n'avait pas de tels moyens, la responsabilité ultime reviendrait à l'État lui-même.

[1296] Le montant maximum était 210 millions de francs Poincaré.

2. Les cas d'intervention du FIPOL

L'exemption du propriétaire. Les cas d'intervention du FIPOL sont prévus à l'article 4§ 1 de la Convention de 1992. Le premier concerne les questions pour lesquelles la CLC ne prévoit aucune responsabilité. La Convention a prévu cette clause large sans en préciser la portée exacte. Cependant, il nous semble que la bonne interprétation de cet article inclurait tous les cas d'exemption sous la CLC sauf la faute de la victime elle-même. Cela étant, cette disposition devrait inclure la *force majeure*, la faute d'un tiers, et la négligence d'une autorité publique. Si, par exemple, l'accident a été causé par une tempête, la CLC exclut la responsabilité du propriétaire. Cependant, même si ce dernier n'avait aucune maîtrise sur la situation, le dommage est toujours dû à la nature dangereuse de l'activité en question. De ce fait, l'intervention du FIPOL dans ces cas permet d'éviter les dommages non réparés.

L'incapacité (financières) des entités responsables. Le FIPOL peut aussi intervenir si le propriétaire est responsable, mais que lui et son assureur sont dans l'incapacité d'assumer leurs obligations[1297]. En sachant que le FIPOL est financé par les compagnies pétrolières, ce cas d'intervention revient à transférer la charge de réparation au propriétaire de la cargaison. Cela dit, dans les faits, la faillite simultanée du transporteur et de son assurance semble peu probable.

Le dépassement des limites de la CLC. Il s'agit du cas le plus fréquent d'intervention. Dans ce cas, le FIPOL ajoute un nouveau plafond de responsabilité, plus élevé que celui de la CLC. Dans ce cas, le montant maximal passe d'environ 89 millions, prévu par la CLC, à 203 millions DTS. Ce montant peut même passer à 300 740 000 DTS si les conditions de l'article 4-4-c) de la Convention du FIPOL sont remplies[1298].

[1297] L'article 4-1-b) de la Convention FIPOL de 1992.

[1298] Selon cet article :

« Le montant maximal d'indemnisation visé aux alinéas a) et b) est fixé à 300 740 000 d'unités de compte pour un événement déterminé survenant au cours de toute période pendant laquelle il y a trois Parties à la présente Convention pour lesquelles le total des quantités pertinentes d'hydrocarbures donnant lieu à contribution qui ont été reçues au cours de l'année civile précédente par des personnes sur le territoire de ces Parties est égal ou supérieur à 600 millions de tonnes. »

Conclusion de la Section 2

Un régime déséquilibré et injuste. Ce régime conventionnel est aussi le résultat de négociations et de compromis parmi les différents acteurs concernés qui sont principalement le chargeur, les différentes entités impliquées dans le transport, l'État de pavillon, l'État victime et les victimes privées. Les régimes conventionnels prétendent chercher un équilibre entre les différents intérêts en jeu. Nous avons démontré que cette tentative a en réalité échoué et que le régime présente de multiples lacunes, plus ou moins dangereuses. On aurait pu s'attendre à ce que ces lacunes soient palliées par les garanties financières. Or, ces garanties font elles-mêmes l'objet de critiques importantes. En dehors de ces régimes conventionnels, on constate aussi la particularité américaine qui a préféré son modèle propre avec une protection beaucoup plus importante des victimes. Au bout du compte, le niveau de protection des victimes dépendra énormément du lieu où le dommage a été subi[1299]. Il faut ajouter à cela que seule une partie des pollutions causées par les hydrocarbures sont couvertes par les conventions en vigueur. L'ensemble de ces défauts résulte dans une situation critique pour les États et les victimes privées qui nous rappelle aussi la nécessité de préciser le droit international non-conventionnel applicable aux risques industriels.

[1299] Voy. Ong (D.), « Regulating Environmental Responsibility for the Multinational Oil Industry: Continuing Challenges for International Law », *op. cit.*, pp. 153-173 notamment pp. 168-169; dans le même sens voy. aussi, Allen (J.), « A Global Oil Stain - Cleaning up International Conventions for Liability and Compensation for Oil Exploration/Production », *op. cit*., p. 107.

Section 3 : La responsabilité aérienne : un autre régime objectif ordinaire

Un domaine privilégié. La responsabilité internationale est intimement liée à l'idée du risque, notamment technologique et industriel. Même si les activités aériennes peuvent paraître de plus en plus banalisées, elles sont toujours parmi les activités industrielles complexes de notre temps. Par conséquent, ce domaine se prête facilement à l'admission d'une responsabilité objective. En outre, la réalité économique de l'aviation civile en fait un domaine privilégié de la coopération étatique. Souvent, le droit international paraît plus attirant pour les États quand il régit des questions purement techniques. La nécessité de coordination, afin de mener à bien une activité fortement internationalisée oblige les États à se mettre d'accord sur le cadre de cette coopération. Nous avons aussi vu que ceci n'est que partiellement vrai pour les régimes spatial et nucléaire, car ils traitent souvent des technologies de pointe à usage double. En revanche, pour l'aviation civile, nous sommes arrivés à un stade où elle est désormais une activité purement commerciale qui présente des risques similaires pour le Nord et le Sud. Par conséquent, ce droit est désormais une vitrine de la coopération internationale. Le nombre souvent important des ratifications dans le domaine aérien en est la preuve[1300].

Rappel du cadre juridique. Nous avons déjà présenté le cadre juridique du domaine aérien dans la Première Partie[1301]. Il n'est pas besoin de revenir sur tous les textes. Il suffit de rappeler que la question de la responsabilité se pose à la fois pour les dommages causés *en* avion et *par* l'avion. Les dommages causés en avion, aux passagers et bagages, sont soumis soit à la Convention de Varsovie de 1929 telle que modifiée, soit à la Convention de Montréal de 1999. Les dommages causés par l'avion sont toujours régis par la Convention de Rome de 1952.

L'annonce du plan. Le droit aérien prévoit la responsabilité objective pour deux catégories de dommages. La première concerne les dommages causés aux passagers, leurs bagages et aux marchandises (§1.). La deuxième concerne les dommages causés sur terre, soit par l'aéronef, soit par les objets qui tombent de ce dernier (§2.). Il existe aussi une autre catégorie de dommages, notamment celle relative aux retards, qui sont soumis à la responsabilité pour faute et qui échappent au champ de cette étude.

[1300] Voy. *supra* Chapitre 1.
[1301] *Ibid*.

§1 La responsabilité envers les personnes et les objets transportés

Aujourd'hui, la question des dommages causés en avion (et non pas par l'avion) est régie par la Convention de Montréal 1999 (B.). Cette Convention est la continuité historique de la Convention de Varsovie (A.) dont elle reprend parfois les formules exactes.

A. La responsabilité aérienne depuis la Convention de Varsovie

La présomption de faute pour la Convention de Varsovie. La Convention, au même titre que le Protocole de la Haye, prévoit une présomption de faute de la part du transporteur (les articles 17-19). Autrement dit, les victimes n'auront pas à apporter la preuve de la faute, mais le transporteur peut en être dispensé s'il démontre qu'il a pris toutes les précautions nécessaires[1302].

Nonobstant la difficulté de démontrer une vigilance parfaite, il s'agit, fondamentalement, d'une responsabilité classique. La présomption de faute n'est qu'un privilège *procédural* accordé aux victimes. Elle ne change pas le fondement classique de la responsabilité. Comme dans les régimes de responsabilité objective, cette disposition favorable vient avec une contrepartie. En effet, selon l'article 21 de la Convention, la responsabilité du transporteur est limitée à des sommes préétablies[1303]. On comprend bien que, déjà à l'époque, la préoccupation était la même : trouver un équilibre entre les intérêts contradictoires des transporteurs aériens et des victimes.

La fragmentation du droit aérien et le besoin d'harmonisation. Avec le temps, la Convention de Varsovie a commencé à montrer ses limites. Le montant faible du plafond de la responsabilité, ainsi que les insuffisances d'une simple présomption de faute, ont été parmi les raisons qui ont poussé les États à chercher des solutions alternatives. Les Protocoles de Montréal de 1975 ont remplacé l'unité monétaire du franc-or Poincaré au DTS et plusieurs accords privés entre les compagnies aériennes ont cherché à augmenter la protection des

---

[1302] L'article 20§1 se lit comme suit :
« 1. Le transporteur n'est pas responsable s'il prouve que lui et ses préposés ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou qu'il leur était impossible de les prendre. »
Dans une disposition très critiquable, l'article 20§ 1 prévoit un autre cas d'exemption pour la simple « faute de pilotage ».
Même si cette possibilité se limite au transport des marchandises et des bagages, elle semble être une limitation injustifiée des droits de victimes. Ceci est d'autant plus vrai quand on se rappelle la relation contractuelle entre les pilotes et le transporteur.

[1303] La limitation de la responsabilité s'applique, sauf dans les cas du dol de la part du transporteur ou de ses préposés.

victimes[1304]. Or, pour intéressants qu'ils fussent, ces accords ont fini par fragmenter, excessivement, le droit de la responsabilité aérienne. De là avait résulté le besoin d'un texte unique, reprenant les bases du droit aérien. Il s'agissait de la Convention de Montréal de 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international.

B. La Convention de Montréal

Le régime de la Convention de Montréal recouvre à la fois les dommages aux personnes (1.) et les dommages aux biens (2.).

1. Les dommages causés aux passagers

Une responsabilité objective. Contrairement à la Convention de Varsovie, celle de Montréal prévoit clairement l'application de la responsabilité objective au transporteur :

> « Le transporteur est responsable du préjudice survenu en cas de mort ou de lésion corporelle subie par un passager, *par cela seul que* l'accident qui a causé la mort ou la lésion s'est produit à bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement ou de débarquement. »[1305]

Une responsabilité à deux niveaux. En réalité, cette Convention prévoit deux niveaux de réparation. Le premier niveau, objectif, s'applique aux dommages à la hauteur maximale de 100 000 DTS par passager[1306]. Le deuxième niveau, pour les dommages au-delà de 100 000 DTS, retient la présomption de faute du transporteur[1307].

Selon nous, la responsabilité du premier niveau n'est pas seulement objective, mais absolue. Dans ce premier cas de figure, la seule exemption possible vient de la faute de la victime elle-même. Comme il a déjà été dit dans le cadre de la Convention spatiale[1308], il s'agit d'une fausse exception qui n'empêche pas la qualification d'absolu. Cette exception est en réalité une mesure de bon sens et la traduction du principe *nemo auditur*[1309].

[1304] Voy, Neveu (J.), Godfroid (M.), Frühling (P.), *Précis de droit aérien*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 206-305.

[1305] Article 17, alinéa 1. Italiques ajoutés.

[1306] Le caractère objectif de ce premier niveau est établi par l'article 21§ 1 :
« Pour les dommages visés au paragraphe I de l'article 17 et ne dépassant pas 100 000 droits de tirage spéciaux par passager, le transporteur *ne peut exclure ou limiter sa responsabilité*. »
Italiques ajoutés.

[1307] Le deuxième niveau est prévu par l'article 21§ 2 :
« 2. Le transporteur n'est pas responsable des dommages visés au paragraphe I de l'article 17 dans la mesure où ils dépassent 100 000 droits de tirage spéciaux par passager, s'il prouve :
a) que le dommage n'est pas dû à la négligence ou un autre acte ou omission préjudiciable du transporteur, de ses préposés ou de ses mandataires, ou
b) que ces dommages résultent uniquement de la négligence ou d'un autre acte ou omission préjudiciable d'un tiers. »

[1308] Voy. *supra* Chapitre 5.

[1309] Voy. *ibid.*

En revanche, le deuxième niveau de réparation est une reprise de la solution de Varsovie, à savoir une responsabilité classique avec un aménagement procédural. Selon l'article 21§ 2, il existe deux moyens de défense pour les dommages au-delà de 100 000 DTS touchant le passager. Le premier reprend la règle de Varsovie. Le transporteur doit alors montrer que le dommage n'est pas dû à sa négligence ou à celle de ses préposés. La deuxième défense concerne la négligence ou l'acte préjudiciable d'un tiers.
La responsabilité objective est aussi reprise pour les dommages aux biens.

2. Les dommages causés aux bagages et aux marchandises

Les bagages à main et effets personnels. La Convention de Montréal retient un régime à double détente pour les dommages causés aux bagages. Pour les bagages à main, le fondement classique s'applique. Selon l'article 17§ 2, les bagages non enregistrés, notamment les bagages à mains et effets personnels sont soumis à une responsabilité pour faute.
Les bagages enregistrés. Le même paragraphe prévoit pourtant que les bagages enregistrés, et donc confiés au transporteur, sont soumis à une responsabilité objective. Cependant, cette responsabilité est exclue si le dommage est causé par la nature ou du vice propre des bagages. Il semble que la distinction entre les bagages à main et ceux, enregistrés, vient de l'emprise du transporteur sur les deuxièmes. Le voyageur confie ses bagages au transporteur et ce dernier s'engage à les rendre dans le même état.
Cette présomption est justifiée pour autant que l'aéronef arrive bel et bien à sa destination. Au contraire, dans le cas d'un accident important, et les passagers et les bagages devraient être considérés comme étant soumis au contrôle du transporteur. Dans le cas d'un trajet non accidenté, il revient effectivement aux passagers de prendre les mesures adéquates afin de protéger leurs bagages non enregistrés. En revanche, dans le cas d'un accident important, peu importe les précautions du passager, tous ses bagages, enregistrés ou non, pourront être détruits pour des raisons qui échappent à son contrôle.
Une responsabilité plafonnée. Contrairement à la Convention de Varsovie, la Convention de Montréal ne fixe pas le plafond en fonction du poids des bagages, mais plutôt par personne. Il s'agit d'un maximum de 1000 DTS par passager qui peut être dépassé dans des cas précis prévus par la Convention[1310].

[1310] Ces exceptions au plafonnement sont à trouver dans l'article 22§§ 2 et 5 de la Convention de Montréal. Il s'agit essentiellement, soit, d'une faute intentionnelle ou téméraire du transporteur, soit, d'une déclaration de valeur par le passager. En effet, le principe est qu'on ne transporte pas des objets particulièrement précieux dans ses bagages.

Les marchandises. L'article 18 de la Convention de Montréal prévoit aussi une responsabilité sans faute pour le transport de marchandises. Même si la marchandise n'est pas expressément définie, la lecture des articles 3 et 4 dans leur sens ordinaire nous indique l'essentiel. Contrairement aux bagages, obligatoirement rattachés à un voyageur, les marchandises sont transportées en tant que telles. À l'image des passagers et de leurs bagages, la Convention de Montréal a changé le régime de Varsovie (la présomption de faute) en celui de la responsabilité objective. Cependant, contrairement aux passagers, il s'agit d'un régime objectif strict et non pas absolu. La Convention a donc prévu quatre exceptions possibles à la responsabilité, notamment le vice propre des marchandises et le conflit armé[1311]. Pour les marchandises aussi, la responsabilité est plafonnée, cette fois à 17 DTS par kilogramme. Cependant, ce montant peut être dépassé dans le cas d'une « déclaration spéciale d'intérêt à la livraison », déclarant une valeur supérieure et acceptée par le transporteur.

§2 La responsabilité envers les tiers

La responsabilité objective pour les dommages sur terre. À ce jour, la Convention de référence en la matière est toujours celle de Rome, adoptée en 1952. Cette Convention est entrée en vigueur depuis le 4 février 1958 et compte 51 États parties. Elle prévoit une responsabilité objective en faveur des victimes :

> « 1. Toute personne qui subit un dommage à la surface a droit à réparation dans les conditions fixées par la présente Convention, *par cela seul* qu'il est établi que le dommage provient d'un aéronef en vol ou d'une personne ou d'une chose tombant de celui-ci. »[1312]

Selon l'article 2-2-1, cette responsabilité revient à l'exploitant qui est ainsi défini :

> « (a) Aux fins de la présente Convention, l'exploitant est celui qui utilise l'aéronef au moment où le dommage est survenu. Toutefois, est réputé être l'exploitant celui qui, ayant conféré

Dans le cas contraire, il faut déclarer ses objets au transporteur qui peut, oui ou non, accepter l'évaluation faite par le passager. S'il l'accepte, il sera tenu d'indemniser à la hauteur du montant convenu. Il existe une importante jurisprudence en la matière, mais en sachant qu'elle relève davantage du droit international privé, on réfère le lecteur aux ouvrages du droit aérien en la matière. Voy. notamment Neveu (J.), Godfroid (M.), Frühling (P.), *Précis de droit aérien, op. cit.*, pp. 345-351.

[1311] Ces motifs sont prévus à l'article 18§ 2. Les deux autres motifs d'exemption sont l'emballage défectueux et l'intervention des autorités publiques en charge du transit.

[1312] Article 1, alinéa 1. Italiques ajoutés. Si le droit international ne s'applique pas à un accident, la responsabilité sera régie par le droit national. La grande partie des droits nationaux ont aussi prévu une responsabilité objective et illimitée. Les exceptions notables sont les États-Unis et Pays-Bas qui exige la négligence de l'opérateur. Quant au plafonnement, les législations allemande et autrichienne font figure d'exception en ce qu'elles prévoient une responsabilité limitée.
Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public*, *op. cit.*, p. 350.

directement ou indirectement le droit d'utiliser l'aéronef, s'est réservé la direction de sa navigation. »[1313]

Comme la quasi-totalité des conventions de ce type, la Convention de Rome a aussi plafonné le montant des réparations pouvant être demandées[1314].

L'absence d'une assurance obligatoire. La Convention de Rome fait figure d'exception en droit de la responsabilité objective en ce qu'elle ne prévoit pas la souscription d'une assurance obligatoire par l'exploitant. Selon l'article 15 de la Convention, l'État survolé *peut* exiger une assurance de la part du transporteur. Malgré de nombreuses propositions pour imposer la souscription de l'assurance, mettre en place des fonds commun ou retenir la responsabilité de l'État d'immatriculation, le régime de la Convention de Rome ne prévoit toujours pas de solution à ce problème[1315]. Dans l'état actuel l'initiative appartient soit aux États soit aux organisations internationale et régionales de prévoir des mécanismes de réparation obligatoire[1316].

Un régime dépassé. Les restrictions imposées aux victimes, ainsi que le nombre relativement modeste des États parties à la Convention ont poussé l'OACI à organiser une nouvelle convention. En effet, seuls 51 États ont ratifié cette Convention dont 4 de l'Union européenne[1317]. Au regard du nombre souvent important d'adhésions aux conventions de l'OACI, cette Convention n'était pas vraiment une réussite.

La nouvelle Convention est celle relative à la réparation des dommages causés aux tiers par des aéronefs, adoptée à Montréal en 2009[1318]. Cette Convention n'est pas encore entrée en vigueur, mais elle est plus protectrice des victimes. Elle augmente les plafonds de responsabilité[1319],

---

[1313] Article 2-2-a).

[1314] L'article 11 de la Convention ; Neveu (J.), Godfroid (M.), Frühling (P.), *Précis de droit aérien, op. cit.*, pp. 450-453.

[1315] Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public*, *op. cit.*, pp. 355-356.

[1316] Il en ainsi s'agissant de l'Union européenne qui impose cette obligation par l'effet combiné du règlement n° 1008/2008 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 et du règlement n°785/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004.
Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public*, *op. cit.*, pp. 356-357.

[1317] Il s'agit de la Belgique, l'Espagne, l'Italie et le Luxembourg. La France a signé la Convention, mais ne l'a jamais ratifiée.

[1318] La même année et dans le même cadre, c'est-à-dire afin de protéger l'intérêt des tiers, l'OACI a aussi adopté une autre Convention qui concerne les faits illicites. Il s'agit de la Convention relative à la réparation des dommages causés aux tiers à la suite des actes d'intervention illicite faisant intervenir des aéronefs. Cette Convention régit essentiellement les dommages qui peuvent être causés aux victimes à la suite des actes terroristes impliquant les aéronefs. Bien entendu, elle sort du cadre strict de la présente étude.

[1319] Article 4§ 1.

prévoit une responsabilité potentiellement illimitée[1320] et élargit le champ des dommages réparables[1321] (notamment aux dommages environnementaux).

L'exigence du lien de causalité. Le régime de la Convention de Rome est aussi utile pour la compréhension du sujet en ce qu'il met l'accent sur le lien de cause à effet. Certes, il n'est pas nécessaire de prouver une faute[1322]. En revanche, l'article premier de la Convention précise que cette exemption ne s'étend pas au lien de causalité. Il revient toujours à la victime de prouver ce lien :

> « …. Toutefois, il n'y a pas lieu à réparation, si le dommage n'est pas la conséquence directe du fait qui l'a produit. »[1323]

Le choix de la personne responsable. Pour la définition du titulaire de la responsabilité, la Convention de Rome est quelque peu plus précise que celle de Montréal. La Convention de Montréal prévoit la responsabilité première du transporteur sans pour autant le définir. Au contraire, l'article 2§ 2 de la Convention de Rome donne une définition de la personne responsable. Selon cet article, « l'exploitant est celui qui utilise l'aéronef au moment où le dommage est survenu ». Cette Convention utilise donc la notion de l'exploitant et non pas le transporteur. Elle ajoute ensuite une présomption selon laquelle le propriétaire de l'aéronef est considéré comme étant son exploitant. Le propriétaire peut contredire cette présomption en prouvant qu'une autre personne est l'exploitant.

L'usage par un tiers, la direction par l'exploitant. Le critère est donc l'utilisation de l'aéronef, en principe effectué par le propriétaire. Mais la Convention prévoit la possibilité d'un cas où l'utilisateur n'est qu'un écran au véritable responsable, celui qui dirige l'activité en question. Selon l'article 2§ 2 :

> « Toutefois, est réputé être l'exploitant celui qui, ayant conféré directement ou indirectement le droit d'utiliser l'aéronef, s'est réservé la direction de sa navigation. »

La Convention semble privilégier le critère de la direction à celui de l'exploitation effective, mais temporaire. Si l'exploitant réel a confié l'aéronef à un simple utilisateur, il reste

---

[1320] En réalité, la Convention de 2009 a la particularité de prévoir une présomption de faute en ce qui concerne les limites de la responsabilité. Autrement dit, il revient à l'exploitant de démontrer qu'il n'a commis aucune négligence. À défaut, sa responsabilité sera illimitée. Il s'agit là d'une avancée majeure pour la protection des victimes.

[1321] Article 3§§ 3-5.

[1322] Ce principe est représenté dans l'article premier :
« Toute personne qui subit un dommage à la surface a droit à réparation dans les conditions fixées par la présente Convention, *par cela seul* qu'il est établi que le dommage provient d'un aéronef en vol…. Toutefois, il n'y a pas lieu à réparation, si le dommage n'est pas la conséquence directe du fait qui l'a produit »

[1323] Voy. la confirmation de ce principe dans Neveu (J.), Godfroid (M.), Frühling (P.), *Précis de droit aérien, op. cit.*, pp. 445-446, notamment l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 8 décembre 1983.

l'exploitant au sens de la Convention pour autant qu'il garde la direction de la navigation. L'objectif est à la fois de protéger les victimes et de responsabiliser les personnes véritablement en charge de l'aéronef.

L'usage par un tiers, le consentement de l'exploitant. Dans la même veine, l'article 3 prévoit une règle similaire pour l'usage temporaire de l'aéronef par un nouvel exploitant. Selon certains auteurs, il s'agit essentiellement des cas de la location ou du prêt d'aéronefs[1324]. Dans ce cas, le propriétaire/prêteur aura une responsabilité solidaire avec le locataire/emprunteur[1325].

L'usage par un tiers, l'absence du consentement. La Convention va même plus loin, en adoptant la même règle pour l'usage non consenti d'aéronef. Autrement dit, l'exploitant réel est responsable, même si un tiers avait pris la charge de l'aviation sans son consentement. Cependant, cette fois, il s'agit d'une présomption réfragable. Elle peut être contredite si l'exploitant démontre « qu'il a apporté les soins requis pour éviter cet usage »[1326].

Les tiers innocents. L'extension de la responsabilité, même jusqu'à l'usage non consenti de l'aéronef, rappelle la vision généreuse du régime spatial. L'idée sous-jacente est que les victimes sur la surface de la Terre doivent être d'autant plus protégées qu'elles n'ont aucun rôle dans l'activité dangereuse. De ce fait, dans certains cas, elles sont plus protégées que les passagers.

Le lien entre le transporteur et l'exploitant. En sachant que la Convention de Montréal ne définit pas le transporteur, il n'est pas possible d'établir le lien exact entre les deux notions. En revanche, tout laisse à penser que les deux termes représentent le même concept. Il s'agit essentiellement de la personne qui est chargée de l'activité à risque au moment des faits. Dans la grande majorité des cas, ce contrôle est effectué par le propriétaire, mais la Convention de Rome a eu la sagesse de choisir une méthode souple. Cette méthode permet d'éviter les inconvénients liés aux sociétés-écrans, à l'image de la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures.

[1324] Neveu (J.), Godfroid (M.), Frühling (P.), *Précis de droit aérien, op. cit.*, pp. 448-449.

[1325] Article 3 :

« Lorsque la personne qui était l'exploitant au moment où le dommage est survenu n'avait pas le droit exclusif d'utiliser l'aéronef pour une période de plus de quatorze jours calculés à partir du moment où le droit d'utiliser l'aéronef a pris naissance, celui qui l'a conféré est solidairement responsable avec elle, chacun d'eux étant tenu dans les conditions et limites de responsabilité prévues par la présente Convention. »

[1326] Article 4.

Conclusion de la Section 3

Un régime malléable et objectif. Le régime aérien est en réalité un exemple somme toute classique de la responsabilité objective. Il s'agit d'une responsabilité civile, qui correspond à la triple caractéristique de la plupart des régimes conventionnels (plafonné, canalisé et garanti). Il contient un double régime qui régit les dommages causés *en* avion et *par* l'avion. Ce régime est aussi le résultat des rapports de forces inégales dans la négociation et l'adoption des conventions applicables. Les choix clés, notamment la question des plafonds de responsabilité, sont changeants et modifiés en fonction des circonstances. Comme souvent dans ces régimes, les États-Unis à eux seuls ont influencé de manière décisive les choix effectués[1327]. Comme Dupuy[1328], nous pensons qu'il y a là la preuve du caractère pragmatique du droit de la responsabilité objective. L'objectif essentiel est la réparation des victimes, mais les modalités applicables dépendent du consensus étatique.

Une mise à jour nécessaire. Concernant les aspects techniques, la Convention de Rome (1952) semble largement dépassée et le besoin se fait de plus en plus sentir d'aller vers l'adoption des Conventions de 2009. Ces dernières augmentent sensiblement la protection des victimes. La Convention de 2009 relative aux dommages causés aux tiers augmente les plafonds de la responsabilité, prévoit la possibilité d'une responsabilité illimitée et élargit le champ des dommages réparables.

Le besoin de souplesse. En revanche, et quant au choix de la personne responsable, le choix effectué par la Convention de Rome nous semble plus favorable aux victimes que celui de la Convention de Montréal. En effet, cette dernière ne définit même pas le transporteur. Or, la précision est essentielle dans une matière où le véritable responsable peut chercher à se dissimuler derrière des montages juridiques. La Convention de Rome, elle, a eu la sagesse d'adopter une approche souple et pragmatique qui marie le besoin de la prévisibilité juridique et celui de l'intérêt des victimes.

[1327] Par exemple, ils avaient refusé de ratifier les Protocoles de la Haye et ils ont même dénoncé la Convention de Varsovie, à cause du faible montant des limites de la responsabilité. Leur réticence a été l'un des facteurs importants qui a favorisé l'adoption de la Convention de Montréal, prévoyant des limites plus élevées. Dans la Section 2 nous avons vu qu'ils ont aussi refusé de signer la CLC pour le même motif.

[1328] Voy. *supra* l'introduction de la thèse, §3.

Conclusion du Chapitre 6

La privatisation comme un remède partiel. Avant tout, l'étude des régimes de responsabilité civile nous a démontré la difficulté d'effectuer une séparation stricte entre la responsabilité civile et étatique. Dans un monde de plus en plus complexe où les mouvements de privatisation/nationalisation sont nombreux et fluctuants, le « public » et le « privé » sont souvent entremêlés et parfois difficiles à distinguer.

Dans les faits, l'État est bien présent dans un grand nombre d'activités dangereuses et la simple distinction entre les actes *jure gestionnis* et *jure imperii* ne permet pas de résoudre tous les problèmes. L'avantage premier de ces régimes civils est donc de soumettre, au moins partiellement, les activités en question au droit interne des États. Cette soumission est considérée comme étant avantageuse pour les victimes. En réalité, pourtant, les choses sont bien plus complexes. Certes, l'application du droit interne peut résoudre certains problèmes, notamment d'ordre procédural. Or, elle crée aussi des difficultés concrètes notamment sur le plan de l'accès à la justice et de l'égalité entre les victimes et les États souverains. Il ne faut certes pas nier les avantages de la logique fondamentale qui a guidé le développement des conventions de responsabilité civile mais il convient aussi de nuancer ses apports concrets.

Les limites conventionnelles. Les exemples examinés dans ce Chapitre ont mis en évidence les limites d'un régime purement transactionnel. Que ce soit la canalisation, le plafonnement ou les détails des garanties financières, les régimes existants sont incapables de garantir une protection satisfaisante des victimes. Tout compte fait, il s'agit de régimes intermédiaires qui permettent un certain niveau de protection, sans pour autant être à la hauteur des risques qu'ils sont censés maîtriser. En même temps que l'amélioration des régimes conventionnels, le développement du droit commun régissant la responsabilité pour risque devrait être une priorité. Ce développement peut être envisagé de plusieurs façons. Il est possible que la CDI ou un autre organe doctrinal reprenne le sujet. Il est également envisageable de préparer une convention générale pour les activités à risque. Enfin, ce développement peut aussi se réaliser à travers le droit non-conventionnel (coutumier ou PGD). Parmi toutes ces options, le développement et la précision des obligations coutumières nous semblent à la fois les plus réalistes et les plus utiles pour les victimes.

Conclusion du Titre III

L'existence des traits communs. Dès l'introduction de ce titre, nous avons mis en avant son double intérêt. Nous avons souligné que les régimes conventionnels étaient souvent abordés dans une perspective de généralisation de leurs solutions en droit international. Cependant, nous avons également montré que l'étude des régimes conventionnels présente un intérêt propre, puisqu'elle permet de clarifier l'état du droit positif en la matière. Que ce soit pour le régime unique de la responsabilité étatique ou pour la diversité des régimes de responsabilité civile, les détails d'application ne sont pas toujours clairs. Nous avons tenté de proposer une analyse systémique des dispositions conventionnelles, afin de relier les logiques originaires de ces conventions, toutes construites autour de la théorie du risque.

L'une des principales difficultés rencontrées réside dans la rareté, voire l'absence, de jurisprudence ou de toute autre application pratique de *certains* régimes. Nous avons constaté que l'expérience des régimes plus fréquemment appliqués, notamment celui relatif à la pollution causée par les hydrocarbures, peut être utile pour comprendre les autres systèmes. Inutile de revenir sur les détails d'application de chaque régime. Ce que l'on peut retenir, c'est qu'il existe de véritables similitudes entre les conventions prévoyant la responsabilité objective. Leur structure est similaire : elles prévoient une responsabilité fondée sur le risque, sans fait illicite, canalisée, garantie et souvent plafonnée. À l'exception du dernier critère, ces caractéristiques s'appliquent également au régime spatial. Toutefois, ce régime se distingue par la radicalité des solutions adoptées. En d'autres termes, les traits caractéristiques des autres conventions sont souvent présents, mais appliqués de manière plus radicale et davantage protectrice des victimes.

Les choix pragmatiques. Nous avons aussi vu que certaines solutions ont été admises uniquement en fonction de considérations « pragmatiques » et pour convaincre les États d'adhérer aux conventions en question. Elles se sont pourtant révélées fort problématiques et risquent notamment de pénaliser les victimes. Le plafonnement, la canalisation et l'existence même des exceptions à la responsabilité de l'entité responsable figurent parmi ces traits problématiques. Les États qui pouvaient se le permettre n'ont pas hésité à dépasser ces principes dans leurs droits internes. Nous sommes d'avis que cette approche générale doit aussi être adoptée en droit international même si son aboutissement ne sera certainement pas facile.

Quant au choix de la personne responsable, question fondamentale dans tous les régimes, nous avons souligné les difficultés inhérentes au choix d'une personne préalablement désignée. La

meilleure solution est toujours celle d'un critère souple qui doit être, selon nous, le contrôle effectif du risque au moment où l'accident s'est produit.

Il faut souligner que l'approche générale qu'on vient de proposer permet également de rapprocher les responsabilités objective et classique, un rapprochement que nous défendons en règle générale. Les exceptions à cette règle concernent des solutions qui profitent aux victimes, notamment l'assurance obligatoire et la facilité de la responsabilité solidaire.

La précaution dans la généralisation. *In fine* il faut reconnaître que les droits conventionnels présentent des similitudes notables et assez importantes. Néanmoins, comme on vient de le mentionner, ces règles ne sont pas toujours optimales et sont souvent en évolution. Cela étant, autant l'examen des droits conventionnels s'impose dans toute démarche de généralisation, autant il faut être attentive à la possibilité et à l'opportunité de s'en servir dans chaque cas précis. La généralisation doit donc se faire au cas par cas, en comparant les droits conventionnels, certes, mais en restant vigilant quant aux limites desdits droits et leurs différences normatives.

Titre IV : La généralisation du régime de la responsabilité objective

Les régimes v. le régime. Au cours du Titre III nous avons examiné en détail certains aspects essentiels du régime de la responsabilité dans les droits conventionnels. Cette démarche ne serait pas complète à moins de s'accompagner d'une recherche plus large. En effet, la question se pose de la possibilité d'une généralisation à partir des droits conventionnels. Existe-t-il ou est-il envisageable de proposer un régime uniforme ou faut-il se contenter des régimes à géométrie variable ? Cette question a toujours été au centre de l'intérêt de la doctrine, notamment la CDI. La présente recherche ne serait pas complète à moins de se pencher, elle aussi, sur ce passage *des* régimes *au* régime de la responsabilité objective.

Une méthode déductive. La généralisation des droits conventionnels se fait naturellement par une méthode déductive. Après avoir examiné les différents droits conventionnels, on s'aperçoit qu'il existe d'importantes similarités entre eux. Les concepts utilisés par les premières conventions sont souvent repris par les autres. En revanche, il existe aussi des divergences qui rendent impossible la généralisation automatique des solutions conventionnelles. Mais en réalité, ces divergences sont assez mineures. L'approche générale des conventions quant au régime de la responsabilité est restée convergente, au moins dans ses grandes lignes. Ce phénomène se comprend par le besoin de sécurité juridique. Quand une approche a fait ses preuves dans un régime quelconque, il est beaucoup plus facile de la reprendre dans d'autres. L'objectif de la présente recherche est donc d'examiner ces « tendances » conventionnelles et les ruptures éventuelles qui peuvent se produire.

Dans la Première Partie, nous avons conclu à l'existence d'une règle coutumière dans certains domaines d'application de la responsabilité objective[1329]. Dans d'autres domaines d'application, il existe un début de procédure coutumière, un certain intérêt étatique qui n'a pas encore abouti à une règle de droit positif. Dans ces domaines, la question est toujours de l'ordre du développement progressif du droit international. Ce titre a pour l'ambition de contribuer à la consolidation ou au développement de l'ensemble de ces domaines en apportant des précisions quant au contenu des règles applicables.

La généralisation des droits conventionnels. La généralisation de la responsabilité objective ne doit d'ailleurs pas être limitée au seul droit coutumier. Le statut de la responsabilité objective

[1329] Voy. *supra* Première Partie, Titre I.

dans ce droit est toujours controversé et les changements éventuels n'y sont faits que lentement et difficilement. En revanche, le droit conventionnel est beaucoup plus malléable et permet une application à la fois plus limitée et plus évolutive du principe dans des domaines très spécifiques. Par conséquent il est important de rappeler que l'effort de généralisation a une portée large qui peut servir à la fois au développement du droit conventionnel et à la précision du droit coutumier.

Le dépassement d'une séparation disciplinaire stricte. Une recherche déductive sur le dommage, le lien de causalité et la notion de réparation peut être utile à la fois pour un lecteur publiciste et privatiste. D'ailleurs, l'intérêt de cette recherche ne se limite pas au seul droit de la responsabilité objective et peut aider à la compréhension de la responsabilité classique. En témoigne l'utilisation fréquente des conventions de responsabilité objective dans les recherches sur la responsabilité classique. Un exemple parlant est celui des recherches sur la réparation du dommage environnemental qui se réfèrent largement aux régimes de la responsabilité objective[1330].

Des propositions souples. Cette généralisation n'a pas non plus à être absolue. Autrement dit, il n'est pas nécessaire qu'elle recouvre l'ensemble du droit international immédiatement. Elle peut être progressive et couvrir des domaines spécifiques, notamment technologiques et industriels. Cela étant, il ne faut pas proposer un régime strict et absolument uniforme[1331]. Au contraire, il faut prévoir un régime souple qui soit en mesure de s'adapter à la spécificité de chaque domaine d'application. Dans ce sens, l'approche de la CDI qui a présenté un régime souple et subsidiaire ne peut qu'être soutenue[1332]. Il s'agit bien entendu d'une proposition qui tente de présenter un modèle de généralisation fortement inspiré des droits conventionnels.

[1330] Voy. à titre d'exemple De La Fayette (L.), « International liability regimes », pp. 149-191 *in* Bowman (M.), Boyle (A.) (ed.), *Environmental damage in international and comparative* law, OUP, 2002; Hardman Reis (T.), *Compensation for environmental damages under international law*, Wolters Kluwer, 2011; Handl (G.), « Marine Environmental Damage : The Compensability of Ecosystem Service Loss in International Law », *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 34, n°4, novembre 2019, pp. 602-641.

[1331] Pour le fondement théorique de cette approche voy. Koskenniemi (M.), « The politics of international law », *EJIL*, vol. 1, n° 1, 1990 notamment pp. 31-32:

« *… This teaches us a lesson. Because the world - including lawyers views about it - is conflictual, any grand design for a "world order" will always remain suspect. Any legal rule, principle or world order project will only seem acceptable when stated in an abstract and formal fashion. When it is applied, it will have overruled some interpretation, some collective experience and appear apologist.*

Social theorists have documented a recent modern turn in national societies away from the Rechtstaat *into a society in which social conflict is increasingly met with flexible, contextually determined standards and compromises. The turn away from general principles and formal rules into contextually determined equity may reflect a similar turn in the development of international legal thought and practice.* »

[1332] Voy. *supra* Chapitre 4.

Une recherche principalement publiciste. Malgré son aspect transversal, la présente recherche se veut principalement (mais pas exclusivement) publiciste. Cela étant, l'accent est mis sur les notions qui peuvent être utilisées plus facilement en droit public. Ce point est important en ce qu'il distingue cette recherche de celle de la CDI. En effet, la CDI s'est penchée longuement sur des notions telles que le choix de la loi du for et du tribunal compétent qui relèvent essentiellement du droit international privé. À l'inverse, la présente recherche privilégie des concepts comme le dommage et l'attribution qui sont plus facilement transposables en droit public. Ce choix relève aussi d'une importance stratégique. L'examen de l'ensemble des thèmes étudiés par la CDI aurait exigé une thèse à part entière, portant uniquement sur le régime de la responsabilité. Nous avons trouvé qu'une telle thèse serait d'un intérêt théorique moindre par rapport à un plan plus large qui dépasse le simple régime. Il a donc été décidé, en toute conscience, de limiter cet effort de généralisation à son aspect essentiel, notamment au regard du droit public.

Au regard de ce qui vient d'être dit, deux thèmes seront examinés dans le présent titre. Ces thèmes ont été choisis en fonction de leur place dans l'établissement de la responsabilité. La responsabilité objective est engagée, non pas par un fait illicite, mais par l'existence d'un dommage réparable (Chapitre 7). Cependant, cette responsabilité n'est établie que si ce dommage est attribué à une personne responsable (Chapitre 8).

Chapitre 7 : Les règles liées à la notion du dommage réparable

Une notion sous-développée mais essentielle. En tant qu'élément clé du droit de la responsabilité, le dommage reste toujours une notion sous-développée dans la doctrine. La plupart des recherches existantes en droit international s'intéressent uniquement à la notion du dommage environnemental[1333]. Il existe aussi quelques recherches sur des sujets précis tels que la distinction entre le dommage et le préjudice[1334] et la notion du dommage en droit de l'investissement[1335]. En revanche, mise à part la thèse publiée de B. Stern[1336], nous n'avons pas connaissance d'ouvrage compréhensif portant sur la notion de dommage en tant que tel. S'il en est ainsi pour le droit international classique, il n'existe tout simplement pas de recherche exhaustive en la matière pour ce qui est de la responsabilité objective. Les quelques recherches existantes s'intéressent au seul dommage environnemental[1337] et ne se limitent pas à la seule responsabilité objective.

La raison de ce phénomène réside peut-être dans le choix stratégique de la CDI qui n'a pas exigé le dommage en tant que condition de la responsabilité classique[1338]. Sans vouloir rouvrir ce dossier désormais classique, nous maintenons que malgré ce choix, la responsabilité sans

---

[1333] Voy. par exemple Arhab-Girardin (F.), *Le dommage écologique*, thèse de doctorat soutenue en 1997 à Tours ; Comiti (A.) *Prévention et réparation du dommage écologique*, thèse de doctorat soutenu à Lille en 2000 ; Bowman (M.), Boyle (A.) (ed.), *Environmental damage in international and comparative law*, *op. cit.;* Sandvik (B.), Suikkari (S.), «Harm and reparation in international treaty regimes », *in* Wetterstein (P.) (ed.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and Assessment of Damage*, Oxford, Clarendon Press, 1997; Aust(A.), Shears (J.), « Liability for Environmental Damage in Antarctica », *RECIEL*, vol. 5, n° 4, 1996, pp. 312-321.
Une thèse est aussi en préparation à Paris Nanterre sous la direction du Professeur Forteau. Elle est rédigée par Mathilde Vigne et porte sur « Le dommage environnemental en droit international ».

[1334] Voy. notamment Meunier (H.), « Le fondement de la protection diplomatique : Pour une nouvelle approche au moyen de la distinction entre préjudice et dommage », *AFDI*, vol. 59, 2013, pp. 223-255 ; Stern (B.), « Et si on utilisait la notion de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I sur la responsabilité des États », *AFDI*, vol. 47, 2001, pp. 3-44.

[1335] Voy. Breton (C.), *Le dommage dans l'arbitrage d'investissement*, thèse de doctorat soutenue en 2017 à l'Université Paris X ; Dalmaso (J.), *La réparation du dommage moral dans l'arbitrage international*, thèse de doctorat soutenue en 2021 à l'Université Paris II ; Montel (L.), *La réparation du dommage dans l'arbitrage international (à partir de l'exemple de l'arbitrage international d'investissement)*, thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris II en 2014 ; Markert (L.), Freiburg (E.), « Moral damages in International Investment Disputes », *JWIT*, 2013, pp. 1-43.

[1336] Bollecker-Stern (B.), *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Pedone, 1973. L'ouvrage est une version remaniée d'une thèse soutenue en 1970 sur « La Réparation du dommage et la théorie de la responsabilité internationale ». Voy. aussi Reuter (P.), « Le dommage comme condition de la responsabilité internationale », *Mélange Miaja de la Muella*, 1979, vol. II, pp. 837-846.

[1337] voy. *infra* Section 2, les dommages à l'environnement.

[1338] Pour une appréciation positive de cette « révolution » juridique voy. Pellet (A.), « Remarques sur une révolution inachevée – Le projet de la C.D.I. sur la responsabilité des États », *AFDI*, vol. 42, 1996, pp. 7-32 notamment pp. 5-7.

dommage reste platonique et presque impossible à mettre en place[1339]. Cela étant, le dommage a un rôle encore plus décisif en droit de la responsabilité objective. En l'absence du fait illicite, le dommage, causé par une activité dangereuse, est une condition *sine qua non* de la responsabilité[1340]. Il est donc primordial de se pencher sur sa conception (Section 1) ainsi que sur les types de dommage réparable (Section 2).

[1339] Voy. dans le même sens Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 1118-1119.

[1340] Par conséquent, des théories telles que celle du préjudice juridique avancée par B. Stern n'ont pas lieu d'être dans cette forme de responsabilité. Voy. *infra* §2 « une distinction artificielle avec le préjudice ».

Section 1 : La conception du dommage réparable

Par rapport à la deuxième section, la première dispose d'un aspect théorique plus important. En effet, cette Section cherche à clarifier l'aspect conceptuel du dommage. Les deux premiers paragraphes portent sur sa définition (§1) et son rapport avec le préjudice (§2). En revanche, le dernier paragraphe traite à la fois des aspects théoriques et pratiques du sujet. En examinant les conditions de l'admission du dommage dans le contentieux (§3), il examine l'incidence des débats théoriques dans le contentieux de la responsabilité.

§1 La définition du dommage

L'atteinte à un intérêt légalement protégé. Parmi les recherches portant sur la responsabilité objective, on retrouve rarement une définition du dommage. On se contente d'y examiner les différents types de dommages réparables sans examiner préalablement l'aspect théorique de la notion. Cependant, il existe de multiples confusions théoriques qui exigent la clarification du concept. Pour essayer de définir le dommage, le premier réflexe est naturellement l'examen des lexiques juridiques. Quand on prend la synthèse de ces derniers, on constate que le dommage est souvent défini comme une atteinte aux intérêts légalement protégés d'un sujet de droit. L'exemple le plus pertinent est la définition donnée par le *Dictionnaire de droit international public* :

> « Atteinte aux intérêts matériels ou moraux d'un État, d'une organisation internationale ou de tout autre sujet de droit international ainsi que de personnes privées. »[1341]

Un autre a défini le dommage dans le sens du droit privé :

> « Atteinte subie par une personne dans son corps (dommage corporel), dans son patrimoine (dommage matériel ou économique) ou dans ses droits extrapatrimoniaux (perte d'un être cher, atteinte à l'honneur), qui ouvre à la victime un droit à réparation (on parle alors de dommage réparable)… »[1342]

On voit bien que les deux définitions, du droit public et privé, se retrouvent dans leur critère essentiel, à savoir l'atteinte aux droits légalement protégés. Bien entendu, le sujet de droit peut varier d'un système à un autre et le dommage ne pourra que suivre son titulaire. Cela étant, les types de dommages peuvent varier en fonction du sujet de droit.

Les différents types de dommage. Le dommage est défini comme incluant à la fois les intérêts matériels et moraux des sujets du droit international et des personnes privées. Le critère de

[1341] Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, p. 358.
[1342] Cornu (G.) (ed.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, 2018.

distinction entre les dommages moraux et matériels reste d'ordre économique. Le dommage matériel est celui qui s'apprécie en termes monétaires. Au contraire, le dommage moral ne s'apprécie pas *immédiatement* en termes monétaires. Ceci est vrai même si ce dommage peut, dans certaines conditions et faute de mieux, être réparé par l'attribution d'une somme d'argent[1343].

Cela étant, les dommages matériels sont pratiquement les mêmes pour les États et les personnes privées. En revanche, les dommages moraux se distinguent nettement, car les intérêts moraux des États ne sont pas les mêmes que ceux des personnes privées, notamment des individus. En effet, pour les individus, le dommage moral se traduit souvent par des souffrances psychiques, soit une atteinte à leur réputation. Pour les États, dépourvus de disposition psychologique, le dommage moral implique essentiellement une atteinte à leur prestige international. En effet, les dommages moraux aux États ont été définis comme « d'une part, dans la violation *per se* du droit de l'État et, d'autre part, dans l'atteinte à la dignité, à l'honneur ou au prestige de l'État[1344] ». En ce qui concerne les personnes physiques, ce dommage est défini comme « atteinte à la considération, aux sentiments ou à l'affection d'une personne physique, en faveur de laquelle est exercé la protection diplomatique ou un recours juridictionnel[1345] ».

Les dommages matériels, eux, ne posent pas particulièrement de problème. Ils sont définis comme « atteinte à un intérêt économique ou patrimonial, c'est-à-dire un intérêt s'appréciant *immédiatement* en termes monétaires. »[1346] Il s'agit donc des intérêts économiques qui s'appliquent indifféremment aux États ou aux personnes physiques[1347]. Enfin, il convient aussi de mentionner que certaines sources ajoutent un troisième type de dommage à savoir celui qui est économique. Or, ce dommage n'est en réalité que la continuité des dommages matériels et personnels. Dans la section suivante, nous expliquerons en quoi il convient d'inclure ces dommages économiques dans les deux catégories déjà existantes[1348].

[1343] Voy. aussi Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 570-571.

[1344] Arangio Ruiz (G.), deuxième Rapport, *A.C.D.I*, 1989, vol. II, 1e partie, §14, p. 6. Cité *in ibid.*, p. 361. La mention de la violation *per se* des droits d'un État peut ouvrir la porte à la critique. La question peut se poser si une simple violation du droit constitue un dommage réparable. Pour un rappel du vieux débat sur le sujet au sein de la doctrine voy. *ibid.*, pp. 358-359.

[1345] *Ibid*., p. 361.

[1346] *Ibid*., p. 361. Italiques ajoutés.

[1347] Il est à noter que d'autres dictionnaires et lexiques juridiques définissent le dommage, en substance, de la même manière. Le dommage est défini comme une atteinte subie sous ses trois grandes formes (corporel, matériel, moral) qui donne droit à la réparation. Voy. à titre d'exemple Debard (T.), Guinchard (S.), *Lexique des termes juridiques*, 28e éd., Dalloz, 2020, p. 384 et 804. Voy. aussi Puigelier (C.), *Dictionnaire juridique*, *op. cit.*, p. 324 et 760.

[1348] Voy. *infra* Section 2, les dommages économiques.

Le rapport avec le fait générateur. Il a été rappelé dans la doctrine que le dommage est une notion qui n'a pas d'indépendance. En effet, il ne se conçoit qu'en relation avec une autre notion, elle-même dénuée d'autonomie, qui est le fait générateur[1349]. Le dommage ne peut exister que s'il est lié, par l'établissement d'un lien de causalité, au fait générateur. Cette interdépendance est tellement cardinale que certaines sources définissent le dommage en fonction du fait générateur :

> « *The question of damages arises when a subject of international law is in breach of an international obligation, thereby incurring responsibility and, as a legal consequence, must render reparation for internationally wrongful acts or omissions, or for acts and omissions not prohibited by international law.* »[1350]

Le dommage est donc défini dans son contexte normatif plus large. Ce contexte (soit fait illicite, soit la responsabilité objective[1351]) démontre parfaitement la perplexité du juriste quant à la définition du dommage. En outre, on voit bien que cette définition est influencée, sinon conditionnée, par le débat préalable sur le fondement de la responsabilité.

§2 Une distinction artificielle avec le préjudice

Le rapport avec le préjudice. Le dommage et le préjudice sont souvent utilisés comme synonymes. Ainsi, on dit qu'un État a subi des dommages ou des préjudices matériels, de manière interchangeable. Cependant, selon une partie de la doctrine, les deux notions sont en réalité bien distinctes. Nous pensons, au contraire, qu'il s'agit d'une distinction artificielle qui n'ajoute pas grand-chose à notre compréhension du sujet. Au contraire, elle ajoute de la confusion à un domaine déjà embourbé dans de nombreuses difficultés théoriques.

Une distinction théorique. Selon cette doctrine, la différence principale entre les deux notions se trouve dans leur caractère, soit factuel soit juridique. En effet, le dommage serait une notion factuelle. Elle serait créée à la suite d'une dégradation dans l'état d'un objet ou d'une personne. Bien entendu, cette dégradation n'a pas à être obligatoirement matérielle. Les dommages moraux sont reconnus depuis bien longtemps. En revanche, il s'agit bien d'une dégradation

---

[1349] Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 569-570.

[1350] Berhart (R.) (ed.), *Encyclopedia of public international law*, volume 1, Amsterdam, Max Planck Institute for comparative public law and international law, 1992, p. 929. L'Encyclopédie ne contient pas de définition de dommage au singulier mais plutôt des dommages au pluriel.

[1351] Cette forme de responsabilité est incluse dans la dernière partie de la phrase : « … *or for acts and omissions not prohibited by international law* ».

factuelle. Le préjudice, lui, serait la conséquence du dommage. En outre, il serait forcément lié à un sujet de droit. En cela, il s'agirait d'une notion par nature subjective[1352].

Une proposition doctrinale. Cette distinction est rappelée dans la plupart des lexiques juridiques. Il est pourtant bien précisé qu'il s'agit d'une simple proposition doctrinale, cela bien que dans l'usage régnant, les deux termes (le dommage et le préjudice) soient utilisés de manière interchangeable. À titre d'exemple, le *vocabulaire juridique de Cornu* rappelle que selon certaines analyses doctrinales, le dommage doit être distingué du préjudice. Le dommage serait alors le « fait brut affectant la personne » alors que le préjudice serait la conséquence de ce fait brut[1353]. D'autres lexiques rappellent aussi le sens large (synonyme de préjudice) et plus spécifique (ayant comme conséquence le préjudice)[1354]. Il est important de préciser que la plupart de ces dictionnaires s'intéressent essentiellement au concept du dommage en droit privé. Le seul lexique francophone du droit international à avoir défini le concept, le Dictionnaire de Jean Salmon, présente les deux concepts comme étant synonymes et ne mentionne pas le débat doctrinal sur leur distinction[1355].

Des thèses justifiant la distinction. Au sein de la doctrine francophone, deux auteurs distinguent clairement et avec force entre le dommage et le préjudice. Il s'agit d'une part de Brigitte Stern et d'autre part d'Hugo Meunier.

La distinction fondée sur le préjudice juridique de Stern. L'admission de cette thèse justifierait la distinction entre les deux concepts, car elle propose l'admission d'une troisième catégorie de préjudice, à savoir le préjudice juridique. Cette thèse implique aussi la distinction entre le dommage et le préjudice, car il n'existe certainement pas de dommage « juridique ». Par conséquent, il faut bien qu'il y ait une notion distincte, le préjudice, afin de pouvoir présenter le concept.

Il existe un long et ancien débat sur la pertinence de ce concept en droit de la responsabilité classique[1356]. En sachant qu'il s'agit d'un débat qui relève de la responsabilité classique et qu'il

---

[1352] Voy. Poupard (M.), « La distinction entre le dommage et le préjudice », *Revue juridique de l'Ouest*, 2005, vol. 2., p. 203.

[1353] *Ibid.* p. 370.

[1354] Voy. Debard (T.), Guinchard (S.), *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, p. 384 et 804. Voy. aussi Puigelier (C.), *Dictionnaire juridique*, *op. cit.*, p. 324 et 760.

[1355] Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, pp. 358-359 (pour le dommage) et p. 867(pour le préjudice).

[1356] Pour voir un résumé de la thèse en question, voy. Stern (B.), « Et si on utilisait la notion de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I sur la responsabilité des États », *op. cit.*, pp. 3-44. Pour voir la position contraire voy., à titre d'exemple, Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 1122. Cette source conclut dans la « synonymie » du dommage et du préjudice. Voy. aussi Dupuy (P-M.) ; Kerbrat (Y.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 569-570 ; Dupuy (P-M.), Kerbrat

a été amplement discuté dans la doctrine, il n'est pas nécessaire de revenir sur ses détails. Cependant, nous devons préciser que notre objection de la distinction dommage-préjudice résulte de notre position dans ce débat. Nous pensons justement que le concept de préjudice juridique n'a pas lieu d'être. Premièrement, car il ne présente aucun intérêt pratique (c'est une reformulation de la violation du droit international) et deuxièmement, car il risque de prêter à confusion. Effectivement, cette notion risque de résulter en une confusion entre la violation du droit et l'intérêt à agir. Il n'est pas clairement établi qui serait le titulaire du droit d'agir si l'on est face à la violation d'une norme *erga omnes*. Or, nous savons que la jurisprudence internationale, notamment celle de la CIJ[1357], n'est pas favorable à l'admissibilité des requêtes en l'absence d'un intérêt personnel de la victime[1358].

La distinction fondée sur la protection diplomatique de Meunier. Le deuxième argument qui pourrait justifier la séparation dommage-préjudice est la thèse de Meunier. Il s'est basé sur un cas difficile en droit international, la protection diplomatique, pour justifier la séparation des deux concepts. Il est vrai qu'en droit international, l'État exerce la protection diplomatique pour faire valoir ses droits propres. La difficulté est que ce n'est pas l'État à proprement parler qui a subi le dommage, mais plutôt la victime privée. On aurait donc affaire, d'une part à l'État « préjudicié » et, d'autre part, à la personne privée « endommagée »[1359].

Une distinction artificielle. Comme dans d'autres exemples justifiant la distinction entre le dommage et le préjudice, il s'agit d'un bricolage intellectuel qui n'ajoute rien à notre compréhension du droit de la responsabilité. Pour justifier l'action de l'État, une simple distinction entre le préjudice médiat et immédiat est suffisante[1360]. En effet, en cas de protection diplomatique, l'État est lésé médiatement[1361]. Cela n'empêche que selon la théorie classique[1362], il agit pour défendre son droit propre[1363]. En outre, l'utilisation de la protection diplomatique

---

(Y.), *Droit international public*, 17e éd, 2024, pp. 565-566. Il semble que les auteurs ont reconnu le préjudice juridique même s'ils ont décidé « [d]'assimiler en pratique dommage moral et préjudice juridique ». Voy. sur ce débat en général Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, *op. cit*., pp. 570-571.

[1357] Voy. notamment CIJ, Affaire du *Sud-Ouest Africain* (Éthiopie c. Afrique du Sud), Deuxième phase, Arrêt du 18 juillet 1966, *C.I.J. Recueil 1966*, §88.

[1358] Voy. pour un historique de cette jurisprudence, Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 1118-1119.

[1359] Voy. cette thèse dans Meunier (H.), « Le fondement de la protection diplomatique : Pour une nouvelle approche au moyen de la distinction entre préjudice et dommage », *AFDI*, vol. 59, 2013, pp. 223-255

[1360] Voy. Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 1122-1123.

[1361] Pour le mécanisme de la protection diplomatique voy. les Articles de 2006 sur le sujet, adoptés par la CDI, *ACDI*, 2006, vol. II(2), pp. 21-56.

[1362] Cette théorie est pourtant contestée, voy. *ibid*., pp. 1124-1125 ; voy. aussi Garibian (S.), « Vers l'émergence d'un droit individuel à la protection diplomatique ? », *AFDI*, vol. 54, 2008. pp. 119-141.

[1363] La formule est empruntée à un passage désormais célèbre de l'affaire *Mavromatis* :

pour justifier cette distinction nous semble méthodologiquement erronée. En l'espèce, ce sont les limites procédurales du droit international quant à l'accès des individus à la justice qui ont justifié l'action directe de l'État. Ce mécanisme, dans un sens exceptionnel[1364], ne peut guère justifier une règle générale en droit international prévoyant une distinction entre le dommage et le préjudice.

§3. Les conditions de l'admission du dommage dans le contentieux

Un dommage significatif. Au cours de ses travaux, la CDI a établi que le dommage transfrontière ouvrant droit à réparation doit être, au moins, « significatif ». Cette position est tirée des décisions (judiciaires et arbitrales) et des conventions portant sur la responsabilité objective[1365] qui utilisent les termes « important », « grave » ou « substantiel » pour le dommage réparable. L'objectif de cette limitation est d'éviter les réclamations abusives[1366]. Selon la CDI, le terme se réfère à un dommage qui est plus important que « détectable » et moins important que « grave »[1367]. Bien entendu, il s'agit d'un indice relatif énoncé à l'attention du juge qui décidera de sa portée exacte[1368].

Le critère retenu par la CDI ne peut qu'être soutenu. En réalité, il n'existe pas d'unanimité dans la qualification du seuil de dommage réparable parmi les différentes sources. Il est vrai que beaucoup de sources retiennent le critère significatif[1369]. Cependant, il existe d'autres sources, plus exigeantes, qui retiennent le critère « sérieux »[1370] ou « grave »[1371].

Quant au choix des termes, on doit souligner une traduction douteuse du critère dans l'affaire *Fonderie de Trail*. La sentence, rédigée uniquement en anglais, évoque à plus reprises le terme « *serious* » notamment « *serious consequence* »[1372]. Ce terme a été traduit comme « grave », mais il nous semble que ce terme évoque un niveau d'intensité plus important que « *serious* »

« En prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait, à vrai dire, valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter, en la personne de ses ressortissants, le droit international. »
CPJI, *Mavromatis*, 30 août 1924, Série A n°2, p. 12. Voy. aussi CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains*, Mexique c. États-Unis d'Amérique, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, pp. 36-36, notamment § 40.

[1364] Pour davantage d'information sur la nécessité de cette « fiction juridique », devenue nécessaire voy. Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, pp. 1122-1123, pp. 1145-1155.

[1365] Voy. les Commentaires de 2006, commentaires au Principe 2, § 1, p. 66.

[1366] *Ibid*.

[1367] *Ibid*., § 2, p. 67.

[1368] Voy. dans ce sens *ibid*., § 3, p. 67.

[1369] Voy. *ibid.*, §1, p. 66, la note de bas de page n° 331.

[1370] Affaire de la *Fonderie de Trail* (États-Unis d'Amérique c. Canada) (2e sentence), *op. cit.*, p. 1965.

[1371] Affaire du *Lac Lanoux* (France c. Espagne), *op. cit.*, p. 281.

[1372] Affaire de la *Fonderie de Trail* (États-Unis d'Amérique c. Canada) (2e sentence), *op. cit.*, p. 1965.

en anglais. La traduction la plus évidente, « sérieux », est plus proche de celui du terme d'origine[1373]. L'affaire *Lac Lanoux* quant à elle ne fixe pas de seuil dans le corps de la sentence. Le seuil de gravité apparaît uniquement dans une partie préliminaire qui ressemble à une liste des mots clés. Cette partie porte sur l'existence d'une règle qui permet à un État de « préjudicier même gravement à un État riverain »[1374]. Elle n'a pourtant pas développé le seuil de gravité en tant que tel dans d'autres passages de la décision.

L'impossibilité d'un critère véritablement objectif. La CDI reconnaît elle-même que la qualification de ce qui est significatif ne dépend pas que d'un élément concret et objectif. Au contraire, il y a aussi un jugement de valeur subjectif qui dépend de la « sensibilité de la communauté internationale », elle-même en constante évolution[1375]. Sans nul doute, ce critère est essentiellement subjectif. Les explications de la CDI nous apprennent uniquement qu'il n'est pas nécessaire qu'on soit face à des dommages graves ou catastrophiques. La généralité de ces propos se comprend au regard du caractère général et subsidiaire des travaux ainsi que de la difficulté technique d'apporter un seuil précis. Il est à rappeler que même les régimes conventionnels ne présentent pas de seuil définitif[1376]. Le seul texte pouvant être compris comme une exception est la CLC qui exige, non pas un dommage minimal, mais plutôt une jauge brute minimum[1377]. Nous avons pourtant évoqué que même dans cet exemple précis, cette jauge minimum ne concerne que l'application de la Convention et n'enlève aucunement la responsabilité du propriétaire en dehors de ce cadre[1378].

L'incidence de la forme de réparation. Il est très important de souligner que les principes de 2006 n'évoquent qu'une seule forme de réparation, à savoir l'indemnisation[1379]. La question peut donc se poser si cette restriction de la forme de réparation influence aussi le dommage réparable. Autrement dit, on doit se demander si les dommages réparables sont seulement ceux qui sont « indemnisables ». La réponse à cette question dépend de notre position par rapport à la restriction de la forme de réparation prévue par la CDI. Dans la section suivante, nous expliquerons que cette restriction n'a pas lieu d'être. En particulier, rien dans la nature de la responsabilité objective ne s'oppose à l'admission de la restitution comme forme de réparation.

[1373] Ceci est vrai même si *serious* avait été traduit par grave dans l'affaire du *Lac Lanoux.*
[1374] Affaire du *Lac Lanoux* (France c. Espagne), *op. cit.*, p. 281.
[1375] Les Commentaires de 2006, les commentaires au Principe 2, §3, p. 67.
[1376] Voy. à titre d'exemple l'article 1-a)-vii) de la Convention nucléaire de Paris, l'article§ 1-k) de la Convention de Vienne, l'article I-a) de la Convention spatiale, l'article Premier§6 de la CLC, l'article 2§2-c) du Protocole de Bâle, l'article 2§ 7 de la Convention de Lugano, l'article premier §10 de la CRTD.
[1377] Voy. *supra* Chapitre 6.
[1378] *Ibid.*
[1379] Voy. le principe 3§ 1 et le principe 4.

Théoriquement, il est même envisageable de considérer la satisfaction comme une forme de réparation. Nous avons déjà eu l'occasion d'expliquer que, dans la pratique, les États victimes perçoivent souvent le simple dommage transfrontière comme une atteinte à leur souveraineté et, par conséquent, comme une violation du droit international. Nous avons également souligné que, dans son état actuel, le droit international ne permet pas de confirmer cette position avec certitude. Cependant, rien n'empêche qu'une mesure relevant de la satisfaction[1380] soit considérée comme une forme de réparation adéquate par l'État victime. Ainsi, l'acceptation de la satisfaction en tant que forme de réparation dépend également d'un débat préalable sur le rapport entre la responsabilité objective et la responsabilité classique. Dans tous les cas, la satisfaction, même si elle était reconnue comme une forme de réparation, ne serait utile que dans des situations tout à fait exceptionnelles. En présence d'un dommage tangible — condition *sine qua non* de la responsabilité objective — il devrait être possible de recourir à l'indemnisation. Même dans des situations complexes, comme celles impliquant des dommages écologiques purs, des mécanismes existent pour attribuer une valeur monétaire, certes approximative, aux ressources endommagées[1381].

Un dommage mesurable en termes financiers. Dans la responsabilité aussi bien objective que classique, la restitution reste la forme privilégiée de la réparation. Cependant, les difficultés pratiques de sa mise en œuvre sont telles que, dans les faits, on a souvent recours à d'autres formes de réparation. Il s'agit souvent de l'indemnisation qui est, de loin, la forme la plus fréquente de réparation des dommages transfrontières. Par conséquent, il est important de s'attarder sur les qualités d'un dommage indemnisable. Cette question, pourtant essentielle, est passée sous silence dans les Principes de 2006. En revanche, la CDI s'est penchée sur la question dans le cadre des Articles de 2001. Pour être indemnisable, le dommage en question doit être mesurable en termes financiers. Ce critère semble tout à fait transposable à la responsabilité objective. Aucune spécificité de la responsabilité objective ne s'y oppose.

Le parallélisme avec la responsabilité classique. En droit de la responsabilité classique, l'indemnisation est limitée à tout dommage « susceptible d'évaluation financière » (« *financially assessable* »)[1382]. Au départ, la Commission avait retenu le critère d'évaluation « économique », c'est-à-dire que seuls les dommages susceptibles d'évaluation économique

[1380] Voy. Voy. les Commentaires de 2001, commentaires à l'article 37, notamment §5, pp. 286-287. Inspirée par ces mesures, la reconnaissance de l'origine du dommage, les mesures disciplinaires à l'égard des personnes concernées, les dommages-intérêts symboliques et les garanties de non-répétions semblent aussi pertinentes pour la responsabilité objective.
[1381] Voy. *infra* Section 2.
[1382] Article 36§ 2 des Articles de 2001.

pouvaient être réparés. Le critère économique a ensuite été remplacé par celui de « financier » en 2000. Selon la CDI, ce dernier était plus approprié pour certains dommages qui n'ont pas de véritable valeur économique. La CDI donne l'exemple de l'extermination d'une espèce animale menacée qui n'a aucun intérêt économique pour les êtres humains.[1383] Le choix de la CDI est compréhensible en ce qu'il met l'accent sur la difficulté intrinsèque d'évaluer des objets qui n'ont pas de valeur économique, car ils ne sont pas soumis à la logique du marché. Cependant, il est évident que le simple choix du terme « monétaire » ne résout aucunement ces difficultés d'évaluation. Il démontre la possibilité, certes approximative, d'une évaluation monétaire, mais ne résout en rien le problème de fond[1384].

Boyle avait critiqué le choix de la CDI qui avait restreint l'indemnisation à un dommage « susceptible d'évaluation financière ». Selon lui, cette approche restrictive n'est pas en phase avec la tendance récente en droit de l'environnement. En effet, de plus en plus d'instruments internationaux offrent une définition très large de l'environnement qui dépasse la notion de « susceptible d'évaluation financière »[1385]. Il rappelle que pour ce type de dommage, si la restitution n'est pas possible, la victime se retrouvera avec une simple réparation sous forme de satisfaction. Cela reviendrait à une réparation symbolique[1386].

Un dommage suffisamment direct. En droit de la responsabilité, classique comme objective, le dommage doit être suffisamment direct (le critère de *remoteness* anglais) pour être réparable. Il n'existe pas de critère précis pour établir ce qu'est vraiment un dommage direct. Une telle précision n'est de toute façon pas souhaitable, car elle risque de restreindre abusivement le juge. D'ailleurs, il est techniquement impossible de présenter un critère très précis, car ses détails d'application dépendent indéniablement des faits de l'espèce et éventuellement du *lex specialis* applicable dans les relations entre les parties au litige. Cela étant, un dommage direct en matière nucléaire ne suit pas forcément le même schéma que celui causé par un conflit armé.

Des indices utiles. En dépit de ce qui vient d'être dit, il convient de donner quelques indices afin d'éclairer le critère en question. Dans les droits internes de tradition civiliste, le critère est la causalité adéquate ou équivalente. En *common law*, la proximité, et par conséquent la définition du dommage direct, dépend du type de *tort* en question. En revanche, la règle générale est que seules les conséquences naturelles et « immédiates » (*proximate*) du fait

[1383] Cette évolution avait été remarquée par Boyle (A.), « Environmental Damage in International Law », *op. cit.*, p. 24. Voy. *ACDI*, vol. II (2ème partie), doc. A/CN.4/SER.A/2000/Add.1, 2000, § 193, p. 41.
[1384] Voy. dans le même sens *ibid.*.
[1385] Voy. Boyle (A.), « Environmental Damage in International Law », *op. cit.*, p.22 ss.
[1386] *Ibid.*, p. 25.

dommageable sont pertinentes. En outre, pour les cas de « *négligence* », le test applicable est la prévisibilité raisonnable (« *reasonable foreseability* »)[1387]. Ces détails seront examinés plus loin dans la présente thèse[1388], mais il faut déjà souligner qu'il existe une interdépendance entre le lien de causalité et la notion de dommage réparable.

[1387] Les critères de causalité sont rapportés par Berhart (R.) (ed.), *Encyclopedia of public international law*, vol. 1, *op. cit.*, p. 931. Voy. aussi les Commentaires de 2006, p. 83, §16.
[1388] Voy. le Chapitre suivant pour davantage de détails.

Conclusion de la Section 1

Un élément aussi important que complexe. Le dommage reste l'élément cardinal du régime de la responsabilité objective. Si le droit de la responsabilité classique a pu s'en détacher pour le remplacer par le fait illicite, la responsabilité objective lui doit son existence. En effet, l'objectif principal de ce droit est toujours la réparation des dommages aux victimes innocentes. Apparemment simple, la définition du dommage se révèle en réalité piégeuse en ce qu'elle dépend d'une multitude de questions préalables. Tout le monde est d'accord pour dire qu'il s'agit d'une atteinte à certains droits légalement protégés, mais il n'existe pas d'unanimité concernant le contenu de ces droits et la manière de les classifier. En droit international, cette difficulté est encore plus importante du fait de l'incertitude sur les sujets de droit qui influencent le contenu exact du dommage.

Une approche fonctionnelle. La distinction entre le dommage et le préjudice, pour intéressante qu'elle puisse apparaître afin de justifier certaines notions[1389], ajoute davantage de confusions qu'elle ne l'en dispense. À tout le moins en droit international, il n'existe pas de raison convaincante qui justifierait une telle distinction. Les deux grandes catégories de dommages (moral et matériel) suffisent pour couvrir l'ensemble des pertes subies par les sujets de ce droit. Ces dommages devront ensuite être significatifs et suffisamment directs pour pouvoir être réparés.

[1389] Il s'agit notamment du préjudice juridique et de la protection diplomatique.

Section 2 : La typologie des dommages réparables

Un effort de précision. Dans la section précédente, nous avons souligné que la définition du dommage dépend aussi des catégories de dommages réparables. Nous avons aussi rappelé qu'il n'y avait pas d'unanimité quant à la classification des dommages dans le contentieux de la responsabilité. L'objectif de la présente section est justement d'apporter des précisions quant à leur contenu. Dans cette perspective, il faut examiner l'état du droit positif quant à la portée exacte de chaque sous-catégorie. Cette tâche ne pourra se faire que suivant une démarche déductive.

Une démarche déductive et ouverte. Il faut examiner les différentes catégories de dommages réparables selon les conventions ainsi que l'interprétation qu'en font la jurisprudence et la doctrine. L'accent est toujours mis sur les conventions prévoyant la responsabilité objective. Cependant, rien n'empêche de s'inspirer aussi des conventions de la responsabilité classique. Une fois de plus, les questions qui nous intéressent dépassent une distinction stricte entre les deux formes de responsabilité ainsi qu'entre le droit public et privé. Il existe effectivement des « tendances » conventionnelles qui dépassent toute distinction. Une fois confirmées, ces tendances se propagent indifféremment dans les domaines similaires (industriels, maritimes, etc.). Cela étant, une approche ouverte et flexible est nécessaire afin de présenter le contenu du dommage réparable dans sa globalité. Par conséquent, comme pour la Section 1, l'intérêt d'une démarche déductive dépasse la seule responsabilité objective étatique.

L'environnement au cœur du débat. Traditionnellement, les régimes de responsabilité ne voyaient qu'une dichotomie entre les dommages aux personnes et les dommages aux biens. Les dommages à l'environnement n'ont été greffés à ces derniers que plus tard[1390]. Au départ, ces dommages n'ont été reconnus que dans leur rapport avec les catégories classiques de dommages. Autrement dit, on ne réparait le dommage à l'environnement que s'il apportait un avantage concret aux ayants droit. Progressivement, la question s'est posée des dommages environnementaux « purs » qui échappent à la conception classique du dommage réparable. La question du dommage environnemental, notamment celui que nous appellerons « pur », a été au centre des débats sur le sujet. Que ce soit dans les droits conventionnels ou au sein de la CDI[1391], une grande partie du débat a porté sur la réparation de ces dommages. Il n'est pas

[1390] Voy. pour cette évolution De La Fayette (L.), « International liability regimes », *op. cit*., pp. 149-151.
[1391] Voy. Koskenniemi (M.), « The Fate of Public International Law - Between Technique and Politics », *op. cit.*, pp. 1-30, notamment p.12.

étonnant que la protection de l'environnement ait été inscrite comme l'un des deux objectifs des Principes de 2006[1392].

Au regard de ce qui vient d'être dit, les dommages environnementaux occupent une place de choix dans cette section (§1). Cette section ne sera pas complète à moins d'examiner aussi les dommages aux personnes et aux biens (§2) ainsi qu'une troisième catégorie contestée, à savoir les dommages économiques (§3.).

§1 Les dommages à l'environnement

Les deux conceptions du dommage environnemental. En ce qui concerne le rapport avec l'environnement, il existe deux tendances dans le droit positif. La première est représentée par certains droits internes, notamment le droit américain, qui a mis l'accent sur la réparation de l'environnement *per se*. Nous avons déjà examiné l'exemple de la pollution par les hydrocarbures, dans lequel les Américains ont refusé d'adhérer au régime conventionnel à la fois pour les plafonds peu élevés et pour une conception restrictive du dommage environnemental[1393]. La deuxième tendance est celle des régimes conventionnels portant sur les dommages transfrontières. Suivant la CLC, ces régimes sont peu ouverts à la protection de l'environnement en tant que tel[1394]. Ils considèrent plutôt les dommages causés *à travers* les pollutions environnementales[1395]. La raison principale derrière cette méfiance a été la difficulté de l'évaluation financière de ces dommages et les méthodes économiques très critiquées pour cette évaluation[1396].

Il convient de préciser que dans le présent paragraphe, l'accent sera mis sur les normes conventionnelles et non pas internes, y compris américaines. Il est vrai que les recherches spécialisées en droit de l'environnement se penchent souvent sur une comparaison du droit international et des droits internes[1397]. En sachant que certains droits internes présentent une

---

[1392] Voy le Principe 3-b et les commentaires y relatifs. Voy. aussi *supra* Chapitre 4.

[1393] Voy. *supra* Chapitre 6, voy. aussi Cornu Thenard (E.), « La réparation du dommage environnemental : étude comparative de la Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale et de l'US Oil Pollution Act », *Revue Juridique de l'Environnement*, n° 2, 2008, pp. 175-189.

[1394] La seule exception à cette règle était la Convention sur les ressources minérales de l'Antarctique qui n'est jamais entrée en vigueur.

[1395] Pour un examen de ces tendances, voy. De La Fayette (L.), « International liability regimes », *op. cit.*, spéc. pp. 150-151.

[1396] *Ibid.*, p.152.

[1397] Voy. par exemple Schoenbaum (Th.), « Environmental damages: The emerging law in the United States », pp. 159-175 *in* Bowman (M.), Boyle (A.) (ed.), *Environmental damage in international and comparative law*, *op. cit.*; Sands (Ph.), Philippe, Stewart (R.), « Valuation of Environmental Damage - US and International Law

approche plus progressiste de la protection de l'environnement, leur examen peut être utile pour proposer de nouvelles solutions. Or, la présente recherche étant concentrée sur le droit de la responsabilité internationale, elle ne se penchera sur les droits internes qu'en filigrane. En outre, la solution contraire alourdirait trop cette recherche. Cela étant, l'accent sera toujours mis sur le droit international conventionnel.

La conception des droits conventionnels. On peut poser la question de la possibilité de déduire une définition consensuelle à partir des droits conventionnels. Certains membres de la doctrine sont sceptiques. Selon eux, les conventions ont adopté une approche fragmentée vis-à-vis du dommage environnemental qui dépend de leur domaine spécifique et de l'aspect environnemental en question[1398]. En effet, la lecture des conventions démontre que, à une exception près[1399], elles portent sur une activité particulière ou un aspect particulier de l'environnement[1400].

En 2000, Boyle avait rappelé l'état du droit international en la matière. Selon lui, le droit international général ne présentait ni une définition du dommage environnemental ni une instruction quelconque pour la manière dont il doit être évalué[1401]. Le constat est toujours valable, même si aujourd'hui il existe davantage d'indices. Il n'est donc pas possible de présenter une définition universellement admise du concept. Cependant, il est possible de donner quelques indices pertinents à partir des droits conventionnels. Cette recherche forme l'objet principal du présent paragraphe. Il se penchera sur les deux aspects les plus importants, à savoir la notion du dommage environnemental (A.) et son évaluation (B.).

A. La notion du dommage environnemental réparable

Au regard de ce qui vient d'être mentionné, nous procéderons par une méthode déductive. Il est nécessaire de se pencher sur les régimes conventionnels (1.) avant d'examiner les propositions de la CDI quant à la notion du dommage environnemental (2.).

Approaches », *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 5, n° 4, 1996, pp. 290-296 ; Dorfman (B.), « Permission to Pollute : The United States Military, Environmental Damage, and Citizens' Constitutional Claims », *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 6, n° 3, mars 2004, pp. 604-622.

[1398] Hardman Reis (T.), *Compensation for environmental damages under international law*, *op. cit*.

[1399] Il s'agit de la Convention de Lugano de 1993 qui présentait une définition très large de l'environnement et qui n'était pas restreinte à une activité particulière. Cette convention n'est jamais entrée en vigueur.

[1400] De La Fayette (L.), « International liability regimes », *op. cit*., p. 149.

[1401] Boyle (A.), « Reparation for environmental damage in international law: some preliminary problems », *in* Bowman (M.), Boyle (A.) (ed.), *Environmental damage in international and comparative law*, *op. cit*., p. 26.

1. La notion du dommage dans les régimes conventionnels

Dans l'examen des régimes conventionnels, la priorité sera donnée à ceux prévoyant une responsabilité objective (i.). Cependant, rien n'empêche de s'inspirer aussi de certains régimes de la responsabilité classique les plus pertinents pour notre sujet (ii.).

i. Les régimes de la responsabilité objective

Le modèle archaïque du régime spatial. Le régime spatial est le seul parmi les régimes objectifs en vigueur qui ne mentionne même pas le dommage environnemental. En effet, la définition du dommage réparable dans ce texte ne concerne que les dommages aux personnes ou aux biens[1402]. Ce concept n'inclut pas non plus la prévention, les mesures de lutte ou la restauration. En l'absence d'interprétation jurisprudentielle, il n'est pas possible de savoir si ces mesures ainsi que le dommage à l'environnement peuvent être inclus dans la définition du dommage réparable par le biais des dommages indirects aux personnes et aux biens. En revanche, il est certain que cette définition ne recouvre pas le dommage à l'environnement *per se*.

Ce statut n'est pourtant pas étonnant au regard de l'ancienneté du texte qui n'a jamais été mis à jour[1403]. En effet, certains autres régimes ont aussi commencé par une définition simple basée sur les seuls dommages aux personnes et aux biens, mais ont évolué à la suite des accidents ayant endommagé l'environnement[1404]. Les occasions n'ont pourtant pas manqué pour l'introduction d'un tel dommage dans le régime spatial. Nous avons déjà mentionné l'exemple de l'accident *Cosmos* dans la Première Partie. En l'espèce, l'essentiel des frais imposés au Canada avait concerné la recherche des débris radioactifs et la décontamination d'un espace naturel très vaste au nord du Canada[1405]. En l'espèce, le Canada n'a pas fait une référence exacte au type de dommage en question. Il n'est pas allé non plus jusqu'à demander une réparation quelconque pour le dommage à l'environnement *per se*. Il a seulement demandé l'indemnisation du fait des frais importants liés à la recherche et décontamination de la zone en question. Cela dit, ces mesures (la recherche des débris, l'analyse de leur radioactivité et le nettoyage) sont intimement liées au concept du dommage environnemental[1406].

[1402] Article I-a).
[1403] Voy. aussi De la Fayette (L.), « International liability regimes », *op. cit.*, pp. 171-173.
[1404] Voy. *infra* les régimes de la CLC et les régimes nucléaires.
[1405] Voy. *supra* Chapitre 1.
[1406] Voy. la requête canadienne, Canada : claim against the union of Soviet Socialist Republics for damage caused by soviet Cosmos 954, 23 janvier 1979, *ILM*, vol. 18, N°4 (juillet 1979), pp. 899-930 notamment pp. 903-905.

La CLC. La définition du dommage réparable dans la CLC relève d'une importance particulière. En effet, toutes les conventions suivantes ont été, d'une manière ou d'une autre, influencées par celle-ci[1407]. En réalité, la CLC ne définit pas le dommage, mais plutôt le dommage par pollution. Comme nous avons déjà vu[1408], cette définition est la première restriction dans le champ d'application de la CLC. Cette Convention limite la réparation au seul dommage par pollution qui exclut notamment les dommages dus à une explosion. Le dommage par pollution y est défini comme suit :

> « a) le préjudice ou le 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 produise, *étant entendu que les indemnités versées au titre de l'altération de l'environnement autre 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 les autres préjudices ou dommages causés par ces mesures. »[1409]

Cette définition a été critiquée à double titre. Premièrement, elle a confondu la définition du dommage et le niveau d'indemnisation. Deuxièmement, elle n'a pas vraiment précisé les types de dommages réparables[1410]. Ces critiques n'ont pas empêché l'usage d'un critère très proche, voire identique, dans les conventions postérieures portant sur les dommages transfrontières.

La restriction du dommage environnemental. Au-delà de cette première restriction, elle restreint aussi le dommage environnemental à deux types d'indemnisation possibles. Il s'agit uniquement des mesures de remise en état et du manque à gagner[1411]. La conséquence importante de cette définition est qu'elle exclut l'indemnisation du dommage environnemental pur. En effet, si la remise en état des ressources endommagées n'est pas possible, le dommage causé restera tout simplement non indemnisable[1412]. Cette approche a comme conséquence très concrète de privilégier le dommage causé aux personnes *à travers* l'environnement et non pas la dégradation de l'environnement en tant que tel[1413]. De La Fayette y voit une différence entre les régimes portant sur la protection de l'environnement et ceux portant essentiellement sur la

---

[1407] *Ibid*., p. 150.
[1408] Voy. *supra* le régime de la CLC.
[1409] Italiques ajoutés. Article Premier§6 de la CLC 1992.
[1410] Voy. De La Fayette (L.), « International liability regimes », *op. cit.*, p. 155.
[1411] Article Premier §6.
[1412] Nous n'avons connaissance d'aucun paiement au titre de la remise en état. Jusqu'en 2002, il n'y a eu aucune indemnisation à ce titre. Voy. De La Fayette (L.), « International liability regimes », *op. cit.*, p. 158.
[1413] C'est d'ailleurs dans ce sens que la position de la CLC se distingue du droit interne américain. Ce dernier retient effectivement le dommage à l'environnement *per se*. Cette restriction est l'une des raisons derrière la non-ratification de la CLC par les États-Unis.

responsabilité civile. Alors que les premiers concernent le dommage *à* l'environnement en tant que tel, les deuxièmes concernent les dommages *à travers* l'environnement[1414].

Le Comité exécutif du FIPOL avait décidé dans le même sens quand il devait statuer sur une demande de l'Union soviétique quant aux dommages environnementaux causés par le pétrolier *Antonio Gramsci*. En effet, l'Union soviétique avait demandé 43 millions de livres sterling pour les dommages aux ressources marines et afin de « purifier » l'eau polluée par le pétrole. Le Comité avait refusé cette requête comme n'étant pas couvert par la définition du dommage dans la CLC. Un an plus tard, en 1980, l'Assemblée du Fonds a mis en place un groupe de travail sur l'admissibilité des dommages environnementaux. Ce groupe de travail a confirmé la décision du Comité exécutif en déclarant que le dommage environnemental n'était réparable que si le requérant avait subi une perte économique quantifiable en terme monétaire.[1415] Ce rapport n'a pourtant pas mis fin aux difficultés de la mise en place des conventions devant les tribunaux internes. Par conséquent, un autre groupe de travail a été mis en place en 1994. Ce groupe a confirmé la position de son prédécesseur en déclarant que seuls les dommages mesurables en termes économiques et les mesures de lutte raisonnables étaient réparables[1416]. Il est intéressant de remarquer que le groupe a même limité la portée des mesures de remise en état. Selon lui, seules les mesures « appropriées » au coût « raisonnable » sont réparables[1417]. Le choix de ces termes, par nature subjectifs, fait dépendre le montant de l'indemnisation de l'appréciation du juge.

La reconnaissance des conséquences économiques de la pollution. Malgré les critiques de l'approche de la CLC, elle reconnaît au moins les conséquences économiques de la pollution. En cas de pollution maritime, il existe un dommage à l'environnement en tant que tel et un autre dommage résultant des pertes économiques dues notamment au manque à gagner. Il y a eu plusieurs requêtes devant le FIPOL pour la réparation des dommages subis aux acteurs économiques dont l'activité dépend de l'état de l'environnement[1418]. Dans les requêtes *Haven* (Italie, 1991), *Mer d'Égée* (Espagne, 1992) et *Braer* (Royaume-Uni, 1993), le FIPOL a accepté

[1414] De La Fayette (L.), « International liability regimes », *op. cit.*, p. 156.

[1415] La demande de l'Union soviétique et le rapport du groupe de travail sont rapportés par Hardman Reis (T.), *Compensation for environmental damages under international law*, *op. cit.*, p. 62.

[1416] Voy. De La Fayette (L.), « International liability regimes », *op. cit.*, p. 157.

[1417] *Ibid*.

[1418] Il s'agit notamment de la pêche et des activités de tourisme dépendantes de la mer.

d'indemniser ces demandes à condition qu'il s'agisse des activités qui dépendent directement de l'état de la mer et des plages[1419].

La Convention sur les hydrocarbures de soute et la SNPD. Les deux autres Conventions de responsabilité adoptées sous les auspices de l'OMI ont retenu la même définition du dommage environnemental. Il s'agit de la SNPD et de la Convention sur les dommages causés par les hydrocarbures de soute. Les deux Conventions reprennent la même définition du dommage environnemental, et donc les mêmes restrictions que la CLC[1420].

La CRTD. En dehors du cadre de l'OMI, la CRTD adopte aussi la même approche. Elle reprend, délibérément[1421], les termes de la CLC en ce qui concerne le dommage environnemental[1422].

Les régimes nucléaires. Dans leurs versions initiales, les régimes de l'OCDE et de l'AIEA ne prévoyaient que les dommages aux personnes et aux biens. Deux facteurs ont contribué au changement de ce paradigme. Premièrement, la tendance conventionnelle dans d'autres domaines de responsabilité a fait en sorte que cette restriction ne pouvait plus tenir. Deuxièmement, l'accident de Tchernobyl et les dommages environnementaux très importants qui l'ont suivi ont montré concrètement les limites de cette conception désormais archaïque. Cela étant, depuis les protocoles de 1997 (pour l'AIEA) et de 2004 (pour l'OCDE), une certaine conception des dommages environnementaux est expressément incluse parmi les dommages réparables.

La Convention de Paris de 2004. En réalité, la Convention ne reconnaît pas les dommages environnementaux en tant que tels. En revanche, elle reconnaît le coût des mesures de restauration et le manque à gagner dû à la dégradation de l'environnement. Les mesures de restauration sont définies de manière assez large. La Convention a adopté une approche progressiste quant à la définition des mesures de restauration et en cela elle se rapproche de la Convention de Lugano. Elles incluent toutes deux des mesures qui « visent à restaurer ou à

[1419] Les requêtes sont apportées par Sandvik (B.), Suikkari (S.), « Harm and reparation in international treaty regimes », *in* Wetterstein (P.) (ed.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and Assessment of Damage*, *op. cit.*

[1420] L'article 1§ 9 de la Convention sur les hydrocarbures de soute et l'article Premier, § 6, c) et d).
Voy. pour quelques détails des négociations qui ont mené à l'adoption de ces textes, De La Fayette (L.), « International liability regimes », *op. cit.*, p. 156. Ayant participé personnellement à certaines de ces négociations, De La Fayette apporte une lumière additionnelle aux enjeux extra-juridiques qui ont motivé les décisions prises.

[1421] De La Fayette (L.), « International liability regimes », *op. cit*., p. 161.

[1422] Article Premier §10, c) et d).

rétablir des éléments endommagés ou détruits de l'environnement, ou à introduire, lorsque cela est raisonnable, l'équivalent de ces éléments dans l'environnement. »[1423]

Le manque à gagner quant à lui n'est réparable que s'il s'agit d'une dégradation « importante » de l'environnement[1424]. Le standard est plus élevé pour le manque à gagner plutôt que la restauration, car pour la restauration il suffit que la dégradation ne soit pas « insignifiante »[1425]. *A contrario,* cela voudra dire qu'une dégradation simplement signifiante devrait être suffisante pour créer un dommage réparable.

Au-delà de ces deux mesures, la Convention reconnaît aussi les mesures de sauvegarde qui sont au fond des mesures préventives. Ces mesures sont incluses dans la notion du « dommage nucléaire » réparable à condition qu'elles soient prises face à une menace grave et imminente. En outre, la législation de l'État en question peut aussi exiger l'approbation des autorités compétentes. La Convention ne précise pas si cette approbation doit être donnée *a posteriori* même si tout laisse à croire que si[1426].

Une dernière restriction est apportée en exigeant que les mesures de restauration et de sauvegarde soient « raisonnables ». La Convention apporte une définition et plusieurs indices pour la détermination de ce qui est raisonnable[1427] sans pour autant que cette dernière puisse empêcher l'aspect subjectif inhérent au sujet. Il est aussi significatif que la Convention ne définit pas l'environnement en tant que tel.

La Convention de Vienne de 1997. La Convention contient essentiellement la même approche face au dommage environnemental que la Convention de Paris. L'environnement n'est pas défini et la Convention ne reconnaît pas le dommage environnemental en tant que tel. La Convention reconnaît pourtant trois types de « dommages nucléaires » qui se rapprochent du dommage environnemental : le manque à gagner résultant d'une dégradation importante de l'environnement[1428], la restauration d'un environnement dégradé[1429] et le coût des mesures préventives[1430]. La Convention définit aussi les mesures de restauration et de prévention qui sont quelque peu différentes de celles définies dans la Convention de Paris. Les mesures de restauration sont définies essentiellement de la même manière que dans la Convention de

[1423] Article 1-a)-viii)..
[1424] Article 1-a)-vii)-5 de la Convention de Paris (2004).
[1425] Voy. Article 1-a)-vii)-4 de la Convention.
[1426] Article 1-a)-ix).
[1427] Article 1-a)-x).
[1428] Article Premier §1-k-v).
[1429] Article Premier §1-k-iv).
[1430] Article Premier §1-k-v).

Paris[1431]. Les mesures préventives sont aussi définies de la même manière que dans la Convention de Paris, sauf qu'il n'y a pas de référence expresse au caractère grave et imminent de menace nucléaire[1432].

Tout compte fait, l'approche générale des deux Conventions est toujours celle de la CLC qui ne retient pas les dommages à l'environnement *per se.* Cependant, les deux Conventions se rapprochent davantage du modèle plus progressiste (le Protocole de Bâle et la Convention de Lugano) en ce qu'elles distinguent, au moins, les différents types de dommages et définissent plus précisément les notions fondamentales pour la réparation des dommages environnementaux.

La Convention de Lugano. Cette Convention a comme particularité de présenter une définition assez compréhensive de l'environnement. En effet, la majorité des autres conventions se penchent sur les dommages environnementaux sans avoir préalablement examiné la définition de l'environnement en tant que tel. Selon cette Convention, l'environnement comprend :

> « - les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore, et l'interaction entre les mêmes facteurs ;
>
> - les biens qui composent l'héritage culturel ; et
>
> - les aspects caractéristiques du paysage. »[1433]

Le premier et dernier tiret ne posent aucun problème. En revanche, le deuxième, l'inclusion de l'héritage culturel ne peut que surprendre en ce qu'il sort du sens « ordinaire » à attribuer à l'environnement.

Autre fait caractéristique de cette convention, elle est aussi parmi les rares à avoir défini les mesures de remise en état :

> « "Mesures de remise en état" signifie toute mesure raisonnable visant à réhabiliter ou à restaurer les composantes endommagées ou détruites de l'environnement, *ou à introduire, si c'est raisonnable, l'équivalent de ces composantes dans l'environnement*. Le droit interne peut indiquer qui est habilité à prendre ces mesures. »[1434]

En réalité, cette définition révèle tout l'intérêt de la Convention, car, avec les conventions nucléaires, elles sont les seules à prévoir la possibilité de la remise en état par l'introduction de l'équivalent des composantes endommagées. En effet, une difficulté majeure réside dans le fait qu'il est parfois impossible de restaurer l'environnement dans son état initial avant la survenue

---

[1431] Article Premier §1-m).
[1432] Article Premier §1-n). Il n'empêche que ces critères sont normalement inclus dans le caractère raisonnable des mesures de prévention.
[1433] La Convention de Lugano de 1993, Article 2§ 10.
[1434] *Ibid.*, Article 2§ 8. Italiques ajouté.

du dommage. Certains mécanismes conventionnels ont même souligné cette impossibilité pour justifier une approche plus restrictive. Y. Kerbrat apporte ainsi la position du FIPOL à cet égard:

> « *In the view of the fact that is virtually impossible to bring a damaged site back to the same ecological state that would have existed had the oil spill not occurred, the aim of any reasonable measures of reinstatement should be to re-establish a biological community in which the organisms characteristic of that community at the time of the incident are present and are functioning normally. Reinstatement measures taken at some distance from, but still within the general vicinity of, the damaged area may be acceptable, so long as it can be demonstrated that they would actually enhance the recovery of the damaged components of the environment. This link between measures and the damaged components is essential for consistency with the definition of pollution damage in the 1992 Conventions.* »[1435]

Kerbrat expose aussi la position de la Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil qui prévoit une alternative intéressante. Selon l'Annex II de la Directive, lorsque la restauration du milieu naturel est impossible en raison de dommages durables infligés à l'environnement, l'exploitant doit effectuer une « réparation compensatoire » qui est ainsi définie :

> « La réparation compensatoire est entreprise pour compenser les pertes provisoires de ressources naturelles et de services en attendant la régénération. Cette compensation consiste à apporter des améliorations supplémentaires aux habitats naturels et aux espèces protégées ou aux eaux soit sur le site endommagé, *soit sur un autre site*. Elle ne peut consister en une compensation financière accordée au public. »[1436]

La particularité de cette Directive est qu'elle permet la réparation compensatoire, consistant dans des « améliorations supplémentaires », sur un autre site que celui endommagé.

Le dommage environnemental dans la Convention de Lugano. La Convention commence par une définition large des dommages environnementaux. Il s'agit, selon elle, de « toute perte ou dommage résultant de l'altération de l'environnement »[1437]. Cependant, cette conception est rapidement restreinte en limitant cette réparation aux seules mesures de remise en état et au manque à gagner. Il en résulte qu'en réalité, la Convention de Lugano reprend la même démarche que la CLC. Par conséquent, au contraire de ce qui avait été soutenu par certains membres de la doctrine[1438], il faut nuancer les apports de cette Convention dans la protection de l'environnement. Ayant échoué à imposer la réparation du dommage écologique pur, l'intérêt de la Convention réside plutôt dans sa définition progressiste des mesures de remise en état.

[1435] *Manuel des demandes d'indemnisation*, adopté par l'Assemblée du Fonds en octobre 2004 et modifié en juin 2007, publication du FIPOL, 1992, déc. 2008, p. 3.6.4, p. 35 cité *in* Kerbrat (Y.), « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement », *op. cit*., p. 230.
[1436] Directive 2004/35/CE, *op. cit.*, Annexe II, 1.1.3.
[1437] L'article 2§ 7-c. Le terme clé reste l'altération de l'environnement ou « *impairment of the environment* » dans le texte anglais.
[1438] De La Fayette (L.), « International liability regimes », *op. cit*., pp. 161-163.

Le Protocole de Bâle sur les déchets dangereux. Ce Protocole est intéressant en ce qu'il a été une occasion manquée afin de reconnaître les dommages à l'environnement en tant que tel. En effet, dans sa première rédaction, il avait proposé l'admission expresse du dommage à l'environnement *per se*[1439]. Les craintes étatiques quant aux requêtes trop coûteuses ont fini par rayer cette première rédaction dans les lectures suivantes. Le Protocole adopté retient toujours la même approche que la CDI s'agissant de la limitation du dommage environnemental réparable[1440]. Cependant, le Protocole devait être plus protecteur de l'environnement en ce qu'il définissait au moins les concepts clés tels que les mesures de prévention et de restauration. Autre fait intéressant, les mesures de restauration incluaient expressément les coûts raisonnables visant à évaluer le dommage produit[1441].

La CRAMRA. Dans la Première Partie nous avons expliqué le cadre juridique dans lequel s'inscrit la Convention de 1988[1442]. Nous avons rappelé qu'elle n'est jamais entrée en vigueur, mais qu'elle présente toujours un intérêt pour l'examen du sujet qui nous occupe. La Convention est surtout importante, car elle est la seule à avoir reconnu le dommage à l'environnement *per se*. Cette reconnaissance n'est pas prévue dans la définition du dommage à l'environnement (l'article Premier). Cependant, elle ressort clairement de l'article 8 sur les mesures de réaction et responsabilité. L'article en question se lit comme suit :

> « … 2. Un Opérateur est objectivement responsable :
> (a) des dommages à l'environnement de l'Antarctique ou aux écosystèmes dépendants ou associés résultant de ses activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, *l'opérateur étant passible d'une indemnité au cas où il n'y a pas eu de rétablissement au* statu quo ante ; »[1443]

La dernière partie de la phrase revient à prévoir une hiérarchie entre les formes d'indemnisation. La priorité est la restitution en rétablissant le *statu quo ante*. Cependant, au contraire d'autres conventions de responsabilité, elle ne se limite pas à l'indemnisation des mesures de rétablissement. Au cas où ce rétablissement n'est pas possible, ce qui est un scénario fréquent, le dommage à l'environnement doit quand même être réparé sous forme d'indemnisation. Cette solution est d'autant plus pertinente qu'il s'agit là d'un environnement particulièrement fragile et très difficile d'accès. En outre, les ressources en question sont extrêmement difficiles à

[1439] Le regretté et éminent expert en droit de l'environnement, Louise De la Fayette était la présidente du groupe de travail qui a proposé cette première rédaction. Elle explique très bien les mécanismes qui se sont mis en place plus tard et qui ont fini par s'en tenir au choix plus coutumier, à savoir le choix de la CLC.
De La Fayette (L.), « International liability regimes », *op. cit.*, pp. 164-165.
[1440] Article 2-c-iv.
[1441] Article 2§2-d).
[1442] Voy. *supra* Chapitre 1.
[1443] Italiques ajoutés.

remplacer[1444]. Au regard de ces spécificités, la solution retenue par la Convention était d'autant plus justifiée. Il est à regretter que cette solution n'ait pas été maintenue par le Protocole de Madrid qui a succédé à cette Convention.

La définition du dommage environnemental. La Convention de 1988 prévoit aussi une définition assez large et quelque peu vague du dommage à l'environnement. Il s'agit de « toute incidence sur les composantes vivantes et non vivantes dudit environnement ou desdits écosystèmes, y compris toute atteinte à la vie atmosphérique, marine ou terrestre »[1445]. Le champ d'application spatial de cette définition est assez clair et très large. Il couvre l'espace terrestre, marin et aérien (seulement atmosphérique) de l'Antarctique. Cependant, le champ matériel est beaucoup moins précis en ce qu'il recouvre « toute incidence » sur les composantes vivantes et non vivantes.

La Convention prévoit aussi une large gamme de mesures liées à la protection de l'environnement. Selon elle, l'opérateur est aussi responsable des « mesures de prévention, de limitation, de nettoyage et de l'enlèvement et aux mesures prises pour rétablir le *statu quo ante*…. »[1446]. En comparaison avec la Convention de 1988, le Protocole de Madrid 1991 va encore plus loin en prévoyant des mesures de réaction d'urgence pour faire face aux situations critiques pour l'environnement. Les États parties doivent donc mettre en place des mesures afin de réagir de manière rapide et efficace à toute situation d'urgence pour l'environnement[1447]. En outre, il existe une obligation de coopération et une procédure de notification d'urgence entre les États parties[1448].

Tout compte fait, la Convention de 1988 prévoit un texte assez précis et protecteur de l'environnement, surtout au moment de son adoption. Il est à regretter que comme beaucoup d'autres textes relativement ambitieux (on pense notamment à la Convention de Lugano) elle ne soit jamais entrée en vigueur.

ii. Quelques exemples pertinents tirés de la responsabilité classique

La résolution 687 du Conseil de sécurité. Cette résolution a été adoptée, à l'unanimité des membres permanents, à la suite de l'invasion du Koweït par l'Iraq. Elle a mis en place un Fonds d'indemnisation et une Commission chargée de gérer le fonds en question (la Commission

[1444] On peut penser aux animaux sauvages irremplaçables ou des glaciers, pratiquement impossibles à restituer.
[1445] La Convention de 1988, Article Premier §15.
[1446] *Ibid*., Article 8§2-d).
[1447] L'article 15§ 1 du Protocole de Madrid 1991.
[1448] *Ibid*., article 15§ 2.

d'indemnisation des Nations Unies ou UNCC)[1449]. La résolution et les décisions de la Commission d'indemnisation nous intéressent particulièrement, car elles couvrent les dommages environnementaux.

Il est important de rappeler que la Commission d'indemnisation n'est pas un organe judiciaire, mais un organe administratif d'établissement des faits[1450]. Le mécanisme en question constitue un exemple peu fréquent de réparation très efficace pour les violations du droit de recours à la force. Le 13 janvier 2022, l'Iraq a payé sa dernière créance pour les dommages subis par Koweït. Il s'agissait d'un montant total de plus de 52 milliards et 400 millions de dollars américains[1451].

Les dommages réparables. La résolution comporte 9 sections dont la plupart portent sur le droit de recours à la force. Elle comporte aussi un volet important sur la réparation des dommages causés par l'Iraq au Koweït. La partie qui nous intéresse est la section E (les paragraphes 16-19) qui porte sur la réparation des dommages causés par l'Iraq au cours de la guerre. Cette section prévoit que :

> « l'Iraq… est responsable, en vertu du droit international, de toute perte, de tout dommage — y compris les atteintes à l'environnement et la destruction des ressources naturelles — et de tous autres préjudices directs subis par des États étrangers et des personnes physiques et sociétés étrangères du fait de son invasion et de son occupation illicite du Koweït. »[1452]

Les dommages couverts. En ce qui concerne les dommages environnementaux, c'est la décision n° 7 de la Commission d'indemnisation qui établit le cadre des dommages réparables. Il s'agit donc du « dommage environnemental direct » ainsi que « la dégradation des ressources environnementales »[1453]. La décision reconnaît cinq catégories de dommages environnementaux réparables. La première est la réduction et la prévention des dommages environnementaux, notamment les mesures prises afin de combattre les pollutions pétrolières suite à l'attaque de l'Iraq[1454]. La deuxième concerne les mesures de nettoyage et de remise en état de l'environnement, dans la mesure où elles sont raisonnables[1455]. La décision inclut aussi

---

[1449] *Ibid*., §18.
[1450] Il s'agissait d'un « *Fact-finding administrative body* ».
[1451] Il est intéressant de noter que, mise à part une suspension de 4 ans, l'Iraq a continué à payer les montants dus, même quand il continuait à combattre l'État islamique sur son sol. La guerre du Koweït a duré moins de 8 mois et a coûté la vie à moins de 2000 koweïtiens. On peut comparer cette invasion avec celle de l'Iran qui a duré environ 8 ans et a coûté la vie à 200 000 Iraniens et 105 000 Irakiens selon les estimations les plus basses. La différence dans la configuration politique a fait qu'il n'y pas eu la moindre réparation pour le deuxième cas de figure.
[1452] La résolution 687 du Conseil de sécurité des Nations Unies, adoptée le 3 avril 1991, §16.
[1453] La Commission d'indemnisation, la décision n° 7, 17 mars 1992, doc. S/AC.26/1991/7/Rev.1, p. 7, § 34. La traduction des termes vient de nous. Dans le texte original, il s'agit de « *direct environmental damage* » et « *depletion of natural resources* ».
[1454] §35 (a).
[1455] § 35 (b).

deux catégories de dommages qui ne sont pas souvent mentionnées parmi les dommages réparables. Il s'agit des mesures de surveillance[1456] sanitaire et environnementale qui ont pour but de contrôler et limiter les dommages futurs[1457]. En dernier lieu, elle ajoute une catégorie assez générale et imprécise (le choix est certainement volontaire) qui concerne « la dégradation ou le dommage aux ressources environnementales »[1458].

L'UNEP. Le Programme des Nations Unies pour l'environnement avait mis en place deux groupes d'experts pour rédiger des rapports sur sa stratégie à long terme (Programme Montevideo I) et la responsabilité environnementale dans le cadre des activités militaires (Programme Montevideo II). Ces groupes ont présenté plusieurs définitions de l'environnement et des ressources naturelles depuis la mise en place du premier d'entre eux en 1981[1459]. S'inspirant de ces travaux, l'UNEP a présenté sa définition la plus récente dans « *UNEP Draft Guidelines for the development of national legislation on liability, response action and compensation for damage caused by activities dangerous to the environment* » de 2009. Selon cette directive, le dommage environnemental est défini comme suit :

> « *An adverse or negative effect on the environment that: (a) Is measurable taking into account scientifically established baselines recognized by a public authority that takes into account any other human-induced variation and natural variations; and (b) Is significant which is to be determined on the basis of factors such as …* »

Ensuite, la directive présente une longue liste de critères qui sont pris en compte pour la détermination de ce qu'est un dommage significatif. En l'espèce, il s'agit d'une définition, encore une fois, large et susceptible d'interprétations fort variées. Justement, la question est de savoir ce que signifie « *adverse or negative effect ».* Les seuls critères présentés sont les caractères quantifiable (*mesurable*) et significatif (*significant).* Justement, il est extrêmement difficile d'attribuer une valeur monétaire à certains éléments de l'environnement, car il n'existe pas de valeur marchande les concernant.

La CNUDM. La Convention n'a pas défini le dommage à l'environnement, mais plutôt la « pollution au milieu marin »[1460]. Cependant, la définition donnée par la Convention ne présente

---

[1456] *Monitoring* dans le texte original en anglais.
[1457] §35 (c) et (d).
[1458] §35 (e).
[1459] Pour l'historique de leur travail en la matière voy. Hardman Reis (T.), *Compensation for environmental damages in international and comparative law, op. cit.,* pp. 63-65.
[1460] L'article Premier §1-4) a défini ces dommages comme suit :
« on entend par "pollution du milieu marin" l'introduction directe ou indirecte, par l'homme, de substances ou d'énergie dans le milieu marin, y compris les estuaires, lorsqu'elle a ou peut avoir des effets nuisibles tels que dommages aux ressources biologiques et à la faune et la flore marines, risques pour la santé de l'homme, entrave aux activités maritimes, y compris la pêche et les autres utilisations légitimes de la mer, altération de la qualité de l'eau de mer du point de vue de son utilisation et dégradation des valeurs d'agrément ; »

pas le contenu exact du dommage environnemental. D'autres précisions ont été données dans la Partie XII de la Convention sur la protection et préservation du milieu marin. Le premier article (l'article 192) de cette Partie prévoit une obligation générale de protéger et de préserver le milieu marin. En ce qui concerne la responsabilité *stricto sensu*, l'article 235 prévoit ce qui suit :

> « 1. Il incombe aux États de veiller à l'accomplissement de leurs obligations internationales en ce qui concerne la protection et la préservation du milieu marin. Ils sont responsables conformément au droit international. »

Les deux autres paragraphes de l'article 235 prévoient des obligations de fond et de procédure qui ne nous intéressent pas à ce stade. Ce qu'il faut retenir, c'est qu'aucun des trois paragraphes ne mentionne le contenu exact de la « pollution du milieu marin ». L'Avis consultatif de 2011 a apporté quelques précisions quant au fondement de la responsabilité et la réparation des dommages environnementaux[1461]. Cependant, il ne s'est pas penché sur le contenu de ces dommages, en tant que tel.

Le Protocole de Nagoya-Kuala Lumpur. Ce protocole complète le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques. Plus exactement, il porte sur les questions de responsabilité et de réparation dans ce domaine. Le Protocole a comme objectif de « contribuer à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique »[1462]. Il prévoit la responsabilité étatique uniquement pour le fait illicite et la *possibilité* de prévoir la responsabilité objective dans les droits internes[1463]. Le protocole mérite d'être souligné à deux titres. Premièrement, car il a un champ d'application qui couvre les dommages à la biodiversité. Deuxièmement, il nous intéresse pour ses critères de définition du dommage.

En réalité, le Protocole ne définit pas le dommage environnemental, mais seulement le dommage. Cependant, au regard de son champ d'application, cette définition revient à celle du dommage environnemental. Ayant défini le dommage comme un effet défavorable sur la diversité biologique[1464], il présente deux critères pour sa réparabilité. Le dommage doit donc

---

[1461] TIDM, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des Personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, Avis consultatif du 1er février 2011, *op. cit.*, notamment §§188-205.

[1462] Protocole de Nagoya-Kuala Lumpur, Article 1.

[1463] Voy. l'article 11 pour la responsabilité étatique et l'article 12 pour la responsabilité civile.

[1464] L'article 2§2-b) définit le dommage comme suit :
« b) "Dommage" s'entend d'un effet défavorable sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, en tenant compte des risques pour la santé humaine… »

être à la fois significatif et mesurable ou « autrement observable ». Ce deuxième critère nous intéresse particulièrement, car il permet une couverture assez large de la notion[1465].

2. La position de la CDI

Une reconnaissance maladroite des dommages environnementaux purs. La CDI a reconnu les dommages à l'environnement en tant que composant important de son travail[1466]. En effet, le Principe 2 sur les termes employés inclut trois sous-alinéas qui se rapportent aux dommages environnementaux[1467]. Ces sous-alinéas reconnaissent le dommage à l'environnement comme « une perte ou un dommage résultant d'une atteinte à l'environnement »[1468].

Une première critique, formelle, concerne la dualité perte-dommage. La tournure de la phrase distinguant la perte et le dommage (une perte *ou* un dommage) sous-entend une distinction entre les deux concepts. On pourrait imaginer que la perte (*loss* en anglais) serait une destruction totale et le dommage une destruction simplement partielle. Or, rien de tel n'existe en droit de la responsabilité, la perte totale ou partielle est incluse dans la notion du dommage.

Ensuite, le dommage environnemental est défini comme « … dommage ***résultant*** d'une atteinte à l'environnement » (italiques ajoutés). L'utilisation des termes « résultant de » peut s'avérer problématique, car ils pourraient être compris comme excluant le dommage à l'environnement lui-même. En effet, on pourrait imaginer que ce n'est pas « l'atteinte à l'environnement », mais ce qui en résulte qui est réparable. Pourtant, la lecture des commentaires de la CDI contredit cette interprétation. Selon la CDI :

> « … Ensemble, ils [les sous-alinéas sur les dommages environnementaux] constituent les éléments essentiels d'une définition des "dommages à l'environnement" en ce qu'ils traitent de questions relatives aux dommages à l'environnement *proprement dit*. Il s'agit de dommages causés à l'environnement par l'activité dangereuse, *qu'il y ait ou non* simultanément des dommages aux personnes ou aux biens, et qui sont donc *indépendants* de tels dommages. »[1469]

[1465] À titre d'exemple, cette définition est parmi les rares à permettre la couverture de « services d'écosystèmes » dans la notion du dommage environnemental. Pour l'importance de ces services et son lien avec le Protocole voy. Handl (G.), « Marine Environmental Damage: The Compensability of Ecosystem Service Loss in International Law », *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 34, n°4, Novembre 2019, pp. 608-609.

[1466] Voy. aussi Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, article 2§§ 1-3. Pour aller plus loin voy. également les Lignes directrices permettant une compréhension commune du terme « dommage environnemental » tel que défini à l'article 2 de la Directive, doc. 2021/C 118/01, 7 avril 2021.

[1467] Il s'agit des principes 2-a-iii à 2-a-v. Le sous-alinéa le plus pertinent est le 2-a-iii qui porte sur l'atteinte à l'environnement. Le sous-alinéa iv porte sur les mesures de remise en état et le v sur les mesures d'intervention.

[1468] Le principe 2-a-iii. Il s'agit du « *loss or damage by impairment of the environment* » en anglais.

[1469] Italiques ajoutés. Les Commentaires de 2006, p. 69, § 11.

Le texte anglais des articles mentionne clairement les dommages à l'environnement *per se*[1470]. De ce fait, sans aucun doute, le dommage environnemental pur est reconnu en tant que dommage réparable par la CDI. À elle d'ajouter :

> « L'importance donnée aux réclamations relatives à l'environnement dans les sous-alinéas iii à v s'appuie sur les tendances constatées dans de récents régimes de responsabilité internationale, mais ouvre aussi la possibilité de nouveaux développements du droit relatif à la protection de l'environnement proprement dit. »[1471]

La CDI justifie sa position par une « tendance récente » des régimes de responsabilité. Or, en réalité, la tendance conventionnelle a été mal interprétée. Nous avons vu[1472] que cette tendance concerne plutôt les dommages *à travers* l'environnement aux personnes et aux biens. Les rares textes qui vont au-delà de cette vision utilitariste de l'environnement ne sont jamais entrés en vigueur. En revanche, la position de la CDI est effectivement justifiée par la deuxième partie de la phrase sur la « possibilité de nouveaux développements du droit ». Cette mesure rentre clairement dans les missions de la Commission du droit international pour le développement progressif du droit international.

Une définition de l'environnement. La définition des dommages environnementaux dépend aussi de la définition de l'environnement lui-même qui est donnée au Principe 2-b)[1473]. La CDI précise qu'il s'agit d'une « définition de travail », car il n'existe pas de définition universelle du concept[1474]. Assez progressiste pour son temps, la CDI présente une définition large de l'environnement. Elle dépasse le simple service rendu pour s'intéresser aux valeurs immatérielles telles que l'esthétique du paysage[1475].

L'inclusion des mesures de lutte et de restauration. La CDI était parfaitement consciente des évolutions des droits conventionnels en matière de protection de l'environnement. En témoigne l'inclusion expresse des mesures de lutte et de remise en état parmi les dommages réparables[1476]. La CDI a lié la reconnaissance de ces mesures à l'admission d'une valeur intrinsèque à l'environnement[1477].

[1470] « *Damage to environment* per se » a été traduit par le dommage à l'environnement proprement dit en français.
[1471] Les Commentaires de 2006, p. 69, § 11.
[1472] Voy. le sous-titre précédent sur les régimes conventionnels.
[1473] L'article en question se lit ainsi : « b) Le terme "environnement" comprend les ressources naturelles, abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et les interactions de ces mêmes facteurs, et les aspects caractéristiques du paysage »
[1474] Les Commentaires de 2006, p. 71, § 19.
[1475] *Ibid*., § 20, pp. 71-72.
[1476] Voy. Le Principe 2-a)-iv et v.
[1477] Les Commentaires de 2006, p. 70, § 15.

Les mesures raisonnables de remise en état. La CDI a évoqué une certaine définition de ces mesures sans préciser la source de cette définition ni d'ailleurs sa position à son égard[1478]. Cette précision aurait pourtant été essentielle, car la définition donnée inclut des éléments particulièrement importants. Il s'agit notamment de l'évaluation de l'ampleur des dommages ainsi que l'introduction dans l'environnement, de l'équivalent des éléments endommagés. Nous avons déjà vu que ces deux questions ont été au cœur du développement du droit international en la matière et leur reconnaissance expresse par la CDI aurait été un véritable pas en avant.

Des mesures raisonnables. L'extrême généralité des travaux de la CDI peut aussi être constatée dans son interprétation de mesures raisonnables. En effet, le texte et le commentaire du Principe 2 exigent que les mesures de remise en état et de lutte soient raisonnables. Or, la CDI ne donne pas vraiment de critère précis par rapport à ce qui serait raisonnable[1479]. Elle se contente de rapporter une jurisprudence américaine qui avait essayé de définir ces mesures. Cette jurisprudence définit ces mesures comme celles qu'adopterait une entité souveraine ou un organisme public raisonnable[1480]. Ce critère, s'il n'était pas tautologique, n'ajoute de toute façon pas grand-chose à la clarté du concept. Il se rapproche davantage du critère de bon père de famille, transposé en droit international. Certes, la CDI était consciente de l'aspect intrinsèquement subjectif du critère « raisonnable ». Cela n'empêche que la justification et la portée du concept en droit international auraient mérité des informations complémentaires.

Les mesures d'intervention raisonnables. Au sens du principe 2, il s'agit des mesures qui sont prises, soit afin de réduire les pertes environnementales, soit afin d'assainir l'environnement pollué. Ces mesures aussi ne se voient attribuer qu'un petit paragraphe en guise de commentaire. Ce paragraphe se contente de rappeler l'invocation fréquente de ces mesures dans les régimes conventionnels. En revanche, ces commentaires ont l'avantage de prévoir une portée très large pour ces mesures. Il s'agit de toute mesure raisonnable prise par toute personne, y compris les autorités publiques[1481]. Cependant, l'analyse des droits

---

[1478] *Ibid.* Elle dit en effet que ces mesures « ont été définies comme… ». En anglais on lit « *Such measures have been described as*… ».

[1479] Voy. *ibid.*, § 16, p. 71.

[1480] *Commonwealth of Puerto Rico et al. c. Zoe Colocotroni et al.*, 628 F.2 d, p. 652, Cour d'appel, premier circuit. La jurisprudence en question donne quelques indices complémentaires qui n'ont pas d'incidence significative sur la précision du critère donné :
« Pour évaluer le caractère raisonnable de ces dépenses, il convient de se référer aux mesures qu'une entité souveraine ou un organisme public raisonnable et prudent adopterait pour atténuer les effets de la pollution en tenant compte de facteurs comme la faisabilité technique, les effets indirects néfastes, la compatibilité avec la régénération naturelle et la mesure dans laquelle, au-delà d'un certain point, les efforts déployés seraient soit inutiles, soit excessivement onéreux. »
Cité in *ibid.*

[1481] *Ibid.*, p. 71, § 17.

conventionnels montre une portée moins étendue dans certaines conventions qui ont prévu des restrictions à l'exercice de ce droit[1482].

B. L'évaluation des dommages à l'environnement

L'origine de l'évaluation économique. L'évaluation des dommages environnementaux telle qu'on la connaît aujourd'hui a commencé dans les années 1970. À l'origine, les méthodes d'évaluation étaient utilisées dans le cadre des études d'impact sur l'environnement. L'objectif était de quantifier les effets néfastes d'un projet économique sur l'environnement. Les montants évalués étaient ensuite utilisés dans une analyse des coûts-bénéfice afin d'autoriser, ou non, le projet en question[1483].

Les limites de l'approche économique. Il a déjà été rappelé que l'évaluation des dommages environnementaux n'est pas chose aisée. Il existe deux problèmes fondamentaux dans l'évaluation de ces dommages : premièrement, il s'agit des ressources qui ne sont souvent pas soumises à une logique de marché. Il n'est pas chose aisée d'accorder une valeur financière aux espèces animales, aux plantes sauvages, aux glaciers ou aux valeurs esthétiques du paysage. Ces derniers ne font, en principe, pas l'objet des transactions financières. Cela dit, il faut savoir d'emblée que toutes les méthodes qui sont utilisées afin de leur attribuer une valeur économique ont un côté arbitraire et imprécis. Deuxièmement, ces méthodes sont toutes basées sur une philosophie utilitariste. Elles ne conçoivent pas l'environnement comme ayant une valeur inhérente. Au contraire, elles sont toutes anthropocentriques et ne voient le préjudice que sous l'angle de son incidence sur la vie humaine[1484].

Des conséquences concrètes. Loin d'être innocente, cette philosophie influence la nature même de ces réparations. En effet, en l'état actuel des choses, le contentieux environnemental cherche avant tout à indemniser les humains pour la perte subie. Par conséquent, la remise en état de l'environnement passe souvent en arrière-plan du contentieux. Cette position est déjà défendue en droit interne. Il a été démontré qu'une approche qui ne voit l'environnement que

---

[1482] Il s'agit notamment de l'autorisation préalable des autorités publiques et de l'existence réelle (et non pas la simple imminence) des dommages environnementaux. Voy. *supra*, sous-titre 1 sur les droits conventionnels. Voy. aussi, à titre d'exemple, l'article premier§1-n) de la Convention de Vienne de 1997, l'article 1-a)-ix) de la Convention de Paris 2004. En outre, la plupart des conventions ont restreint les mesures de sauvegardes aux dommages effectivement créés et non pas les mesures préventives afin d'éviter les dommages imminents. Voy. par exemple l'article 2§2-e) du Protocole de Bâle, l'article 2§ 9 de la Convention de Lugano. Une exception notable à cette règle était le TOVALOP qui permettait d'inclure les mesures préventives en présence de dommage imminent.

[1483] Haley (N.), « The economic value of environmental damage » *in* Bowman (M.), Boyle (A.), *Environmental damage in international and comparative law, op. cit.*, p. 30.

[1484] Pour les méthodes d'évaluation et leur limites voy. Haley (N.), « The economic value of environmental damage », *op. cit.*, pp. 17-39.

sous l'angle des « valeurs d'usage » (*use values*) finit par réduire l'environnement à un objet d'opérations de marché. Il serait donc préférable de mettre l'accent sur la restauration de l'environnement et non pas sur les seuls avantages économiques tirés des ressources naturelles[1485].

La valeur économique de l'environnement. Pour les économistes, la valeur de l'environnement se limite à deux aspects. Il s'agit de son « utilité directe » pour les individus ainsi que de son impact sur la production[1486]. Il faut savoir que la question des méthodes d'évaluation est une question essentiellement économique et donc mathématique. Par conséquent, elle implique un grand nombre de questions techniques économiques qui ne nous intéressent pas directement[1487]. Il faut pourtant présenter les principaux critères d'évaluation dans leurs grandes lignes.

Les conséquences sur la production. Elles sont plus facilement mesurables, car il s'agit des intérêts économiques habituellement tirés de la ressource en question. Cela étant, il s'agit des activités ayant une valeur économique mesurable et soumises à la logique du marché. Par exemple, si on est face à une pollution maritime, il faudra mesurer les conséquences sur la pêche locale, le tourisme, les transports et d'autres activités qui produisent des valeurs économiques.

L'utilité pour les individus. Il existe deux critères d'évaluation de l'incidence sur l'utilité de l'environnement (*utility*) pour les individus ; Il s'agit d'abord de la « Disposition Maximale à Payer » (DMP), de la « Propension à Payer » ou « *Maximum Willingness to Pay* » (WTP) en anglais[1488]. Elle représente le montant maximum qu'une personne intéressée (un acheteur) serait prête à payer afin d'obtenir un bien ou un service. Il s'agit ensuite de la « Disposition Minimale d'Accepter une Compensation » (DMAC) ou « *Minimum Willingness to Accept Compensation* » (WTAC) en anglais. Le premier critère (le DMP) consiste à connaître le montant qu'on serait prêt à payer pour bénéficier de l'environnement dans son état avant le dommage écologique. Le deuxième consiste à savoir la somme que l'on serait prêt à accepter pour abandonner ses droits à l'environnement tel qu'il était avant la création du dommage. Si l'on prend l'exemple des plages polluées, les deux critères reviennent à se demander quel montant les personnes intéressées seraient prêtes à payer, soit pour bénéficier de

---

[1485] Voy. Wilde (M.), *Civil Liability for environmental damage*, La Haye, Kluwer, 2002, p. 313.
[1486] *Ibid*., p. 27.
[1487] Voy. pour davantage de détails la recherche suivante, effectuée à la demande la Commission européenne par deux cabinets de conseils privés :
Study on the valuation and restoration of biodiversity damage for the purpose of environmental liability, Doc. n° B4-3040/2000/265781/MAR/B3, 2001.
[1488] Voy. *ibid.*, p. 28, voy. aussi. Flachaire (E.), Hollard (G.), « Une approche comportementale de l'évaluation contingente », *Revue économique*, vol. 57, n° 2, 2006, p. 321 ss.

l'environnement dans son état antérieur, soit pour abandonner leurs droits à en bénéficier dans son état d'origine.

La non-pertinence d'un modèle abstrait. En dehors des deux critères pertinents susmentionnés, il faut aussi rappeler un précédent devenu emblématique quant à l'évaluation des dommages environnementaux. Il s'agit d'un précédent bien connu[1489] du FIPOL qui a rejeté l'évaluation du dommage par des modèles abstraits. Il n'est pas certain que cette solution soit transposable à tous les systèmes, mais elle mérite d'être soulignée. Il s'agit de l'accident causé par le pétrolier Antonio Gramsci, déjà vu dans cette recherche. La requête en question avait donné suite à la marée noire causée par ce pétrolier. Dans sa requête devant le FIPOL, l'URSS s'était basée sur un modèle mathématique prévu par sa législation interne. Selon ce modèle, chaque mètre cube d'eau polluée donnait droit à deux roubles soviétiques en réparation. Dans une position devenue emblématique, l'Assemblée de FIPOL a rejeté cette solution :

> « *…. the assessment of the compensation to be paid by the International Oil Pollution Compensation Fund is not to be made on the basis of an abstract quantification of damage calculated in accordance with theoretical models*. »[1490]

Contrairement aux dommages environnementaux, problématiques et difficiles à évaluer, les dommages aux personnes et aux biens sont repris, unanimement, dans les conventions de responsabilité. En outre, ils posent beaucoup moins de problèmes techniques dans l'application de la responsabilité. Néanmoins, ils contiennent toujours des détails intéressants qui méritent d'être étudiés.

§2 Les dommages aux personnes et aux biens

En réalité, la CDI était tellement préoccupée par les dommages environnementaux qu'elle a quelque peu négligé les autres types de dommage. Ces derniers ont été traités comme une évidence qui n'avait pas besoin d'être particulièrement développée. Le caractère général et peu volumineux des principes adoptés n'a fait que renforcer cette impression. Par conséquent, ces dommages ne se voient attribuer que quelques paragraphes assez brefs dans les commentaires de la CDI. L'objectif du présent paragraphe est d'apporter quelques éléments additionnels à cette analyse en essayant d'examiner les évolutions du droit positif en la matière. À cette fin, comme la CDI, il va procéder par une démarche déductive afin de voir s'il est possible d'obtenir

[1489] Voy. par exemple De La Fayette (L.), « International liability regimes », *op. cit.*, pp. 154-155.
[1490] Report on the Activities of the International Oil Pollution Compensation Fund during 1980, Annexe III, la résolution de l'Assemblée n° 3.

un régime généralisé à partir des droits conventionnels. Même si cette démarche est appliquée aux deux types de dommages en question, la différence fondamentale entre les deux ne permet pas un seul titre commun. C'est pour cette raison que les dommages aux personnes (A.) et aux biens (B.) seront examinés de manière séparée.

A. Les dommages aux personnes

L'exclusion des personnes morales. Avant toute chose, il faut préciser que par personne, on entend uniquement les personnes physiques. En effet, dans les droits conventionnels, cette catégorie inclut uniquement des dommages corporels ou psychiques aux personnes physiques. Par conséquent, les dommages aux personnes morales, notamment l'État, sont exclus du champ de cette catégorie.

La position des droits conventionnels. La première des conventions sur la responsabilité objective à savoir la Convention de Rome se contente de prévoir une obligation de réparer les dommages sans pour autant définir la notion du dommage[1491]. Cependant, tout laisse à penser que les dommages corporels sont inclus dans le champ d'application de la Convention. Les textes qui ont suivi ont donné davantage d'informations sur ce qu'est le dommage. L'ensemble de ces conventions incluent le décès et les dommages corporels physiques. Elles sont aussi silencieuses sur les dommages moraux en tant que tels. Dans certains cas, la formulation des dispositions conventionnelles suggère la possibilité d'inclure ces dommages, tandis que dans d'autres, elle semble plutôt présager leur exclusion.

La Convention spatiale. Cette Convention définit le dommage comme « la perte de vies humaines, les lésions corporelles ou autres atteintes à la santé »[1492]. Dans le contentieux de la responsabilité objective, le dommage moral constitue presque toujours une atteinte à la santé. En effet, les dommages moraux peuvent être regroupés sous deux sous-catégories. D'une part, il s'agit des dommages psychiques et des souffrances imposées à la suite d'un accident. D'autre part, il s'agit des atteintes à la réputation de la personne concernée[1493]. Or, en matière de responsabilité objective, le dommage moral est souvent l'équivalent d'une atteinte à la santé

[1491] En effet l'article Premier de la Convention se lit comme suit :
« 1. Toute personne qui subit un dommage à la surface a droit à réparation dans les conditions fixées par la présente Convention, par cela seul qu'il est établi que le dommage provient d'un aéronef en vol ou d'une personne ou d'une chose tombant de celui-ci. »
Aucun autre article de la Convention ne mentionne de définition pour le dommage.

[1492] Article I-a).

[1493] Voy. aussi Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, *op. cit.*, pp. 361-362.

psychique. Par conséquent, le dommage moral devrait être inclus dans la notion du dommage réparable au sens de la Convention spatiale de 1972.

Les autres textes silencieux sur les dommages moraux. Il existe aussi d'autres conventions et protocoles qui n'incluent pas de clause permettant de déduire l'existence des dommages moraux. Ces textes se contentent de mentionner la perte de vie humaine et les dommages *corporels* (et non pas l'atteinte à la santé). On y trouve la Convention de Lugano, la CRTD, le Protocole de Bâle, la Convention SNPD, les Conventions nucléaires et le Protocole de Kiev. Ces textes peuvent être regroupés dans plusieurs sous-catégories, tel qu'on le verra dans les paragraphes suivants.

Le décès et des lésions corporelles. L'approche la plus simple est celle des Conventions de Lugano[1494], de la SNPD[1495], de la CRTD[1496], du Protocole de Bâle[1497] et du Protocole de Kiev[1498]. Ces textes ne contiennent qu'une brève disposition portant sur le dommage aux personnes. Il s'agit tout simplement du décès ou des lésions corporelles. Aucune autre information n'est fournie quant au contenu de ce droit. Étant donné que, dans ces dispositions, le dommage est défini au sens des textes concernés, la limitation des dommages aux seules atteintes corporelles pourrait être interprétée comme une exclusion des dommages moraux. Cependant, il convient de préciser que le texte anglais de ces Conventions et Protocoles fait plutôt mention de « *personal injury* » et non de « *physical injury* ». Cela suggère que les dommages moraux sont en principe inclus dans les « dommages personnels » (et non « corporels »). Étant donné que ces textes ne sont jamais entrés en vigueur et n'ont pas fait l'objet d'une interprétation judiciaire ou institutionnelle obligatoire, il est impossible de déterminer avec certitude le sens exact de ces dispositions.

Le dommage par pollution. La CLC, quant à elle, ne définit même pas le dommage, mais plutôt les dommages par pollution. Cette définition, non plus, ne donne aucune information complémentaire quant à l'inclusion ou à la portée des dommages aux personnes. Elle se concentre plutôt sur le champ spatial de ce qu'est un dommage par pollution. En revanche, les

---

[1494] Article 2§ 7-a.

[1495] L'article 2§7-a de la Convention de Lugano et l'article Premier §6-a de la SNPD. Cette dernière se lit comme suit :

« tout décès ou toutes lésions corporelles à bord ou à l'extérieur du véhicule transportant les marchandises dangereuses, qui sont causés par ces marchandises. »

[1496] Article Premier §10-a).

[1497] Article 2-c-i).

[1498] Article 2-d-i).

termes choisis par cette Convention[1499], qui ne limitent pas les dommages aux personnes aux seules atteintes corporelles, laissent la porte ouverte à une éventuelle reconnaissance des dommages moraux. Cela dit, dans le cadre de cette Convention, il s'agit souvent des dommages environnementaux ou les dommages aux biens qui en résultent. Cela dit, nous n'avons connaissance d'aucune décision judiciaire ayant statué sur l'admission des dommages moraux en tant que tels.

Les Conventions nucléaires. Les Conventions nucléaires sont aussi silencieuses sur les dommages moraux. Elles reconnaissent « tout décès ou dommage aux personnes »[1500]. Comme pour la CLC, cette disposition pourrait être comprise comme incluant les dommages moraux sans qu'il soit possible de le confirmer avec certitude. En outre, les deux Conventions incluent une autre disposition qui concerne « tout dommage immatériel » résultant du dommage personnel[1501]. Cette disposition pourrait induire en erreur et évoquer l'idée d'un dommage moral. Or, en réalité, le dommage immatériel en question est une traduction douteuse de « *economic loss* » en anglais. Par conséquent, ce qui est inclus expressément est plutôt le manque à gagner et non pas le dommage moral en tant que tel[1502].

Sachant le statut de la plupart des conventions susmentionnées ainsi que la pauvreté de la jurisprudence les concernant, il n'est pas facile de connaître le champ d'application exact des clauses en question.

La position de la CDI. Sans grande surprise, la CDI n'est pas entrée dans les détails les plus difficiles du sujet. Elle se contente de reprendre la définition la plus simple parmi les modèles conventionnels. Cela étant, elle ne répond aucunement à la problématique des dommages moraux ni à celle du manque à gagner. Le dommage personnel est défini comme « une perte de vie humaine ou un dommage corporel »[1503]. Comme pour certaines des Conventions

---

[1499] L'article Premier§6-a) de la CLC définit le dommage par pollution comme suit :
« le préjudice ou le 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 produise, étant entendu que les indemnités 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 ; »

[1500] L'article 1-a)-vii)-1 de la Convention de Paris et l'article de la Convention de Vienne L'article Premier§1-k)-i). En sachant que le décès est effectivement un « dommage aux personnes » le choix des termes laisse à désirer. Le texte anglais mentionne « *loss of life or personal injury* ».

[1501] L'article 1-a)-vii)-3 de la Convention de Paris et l'article Premier§1-k)-iii) de la Convention de Vienne.

[1502] Il en va de même pour le Protocole de Kiev qui inclut la perte de revenu du fait d'une « atteinte à un intérêt juridiquement protégé ». L'intégrité corporelle étant un intérêt juridiquement protégé, cet article doit être compris comme couvrant le manque à gagner. L'article 2§2-d)-iii) se lit comme suit :
« iii) La perte de revenus découlant directement d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé fondé sur toute exploitation des eaux transfrontières à des fins économiques, subie du fait d'une atteinte aux eaux transfrontières, compte tenu des frais évités et des coûts ; »

[1503] Le Principe 2-a)-i).

mentionnées précédemment, qui limitent le dommage personnel au seul dommage corporel, ce Principe pourrait être interprété comme excluant les dommages moraux. Toutefois, il est important de souligner que la même problématique se retrouve dans les travaux de la CDI. En effet, le texte anglais des Principes fait mention de « *personal injury* » et non de « *physical injury* ». Cela dit, cette disposition devrait en principe inclure les dommages moraux.

Il est clair que la CDI a opté pour le modèle le plus largement reconnu parmi les catégories conventionnelles que nous avons évoquées[1504], mais celui-ci reste tout aussi problématique. La formulation de la CDI, ainsi que la traduction discutable de « *personal injury* », ne permettent pas de définir avec certitude le contenu des dommages aux personnes. Le seul paragraphe sur ce sujet dans les Commentaires n'apporte, en réalité, aucune indication supplémentaire quant à la nature du dommage. Il se contente de rappeler la démarche déductive adoptée par la Commission[1505]. Cela étant dit, les nouveaux textes gagneraient en clarté s'ils définissaient plus précisément les différentes catégories de dommages réparables.

Une démarche similaire doit être entreprise afin d'examiner le contenu des dommages aux biens dans les droits conventionnels et les principes de la CDI.

B. Les dommages aux biens

La position des droits conventionnels. En comparaison avec les dommages aux personnes, le concept du dommage aux biens est beaucoup plus simple à appréhender dans les droits conventionnels. Comme pour les dommages aux personnes, la Convention de Rome ne dispose pas de définition propre aux biens. Il en va de même pour la CLC qui se contente de définir le dommage par pollution sans détailler ses composantes[1506]. Quant aux autres conventions, elles présentent pratiquement la même définition du dommage aux biens, en le présentant comme toute perte ou tout dommage aux biens[1507]. Il n'existe que des divergences mineures dans la formulation qui n'ont aucune incidence sur le sens des dispositions concernées.

La seule divergence apparente qu'on peut trouver dans certaines conventions concerne l'étendue du dommage réparable. En effet, certaines conventions ont exclu les dommages à la personne responsable elle-même[1508]. Cependant, il s'agit d'une fausse divergence, car cette

---

[1504] Voy. *supra* la catégorie portant sur la Convention de Lugano, CRTD, SNPD et le Protocole de Bâle.
[1505] Les Commentaires de 2006, p. 67, § 5.
[1506] Voy. *supra* les dommages aux personnes.
[1507] Voy. l'article Premier§1-k)-ii) de la Convention de Vienne, l'article 1-a)-vii)-2 de Paris 2004, l'article I-a) de la Convention spatiale de 1972, l'article Premier §10-b) de la CRTD, l'article Premier§6-b) de la SNPD, l'article 2§ 2-c)-ii) du Protocole de Bâle, l'article 2§2-d)-ii) du Protocole de Kiev et l'article § 7-b) de la Convention de Lugano.
[1508] Voy. la liste de ces textes dans les Commentaires de 2006, p. 67, §6.

règle n'est qu'une conséquence logique du principe *nemo auditur*. Cela étant, elle devrait s'appliquer dans tous les régimes, même ceux qui ne l'ont pas mentionné expressément.

La position de la CDI. Par rapport aux droits conventionnels, la CDI a repris la définition classique en y ajoutant une précision. Sa définition est donc classique dans le sens où elle reprend la même formule que la grande majorité des régimes conventionnels. Elle est pourtant novatrice en ce qu'elle y ajoute, expressément, le patrimoine culturel :

> « la perte d'un bien, ou un dommage causé à un bien, y compris tout bien faisant partie du patrimoine culturel ; »[1509]

Dans la première partie de sa définition, la formulation de la CDI ne présente aucune originalité. En revanche, elle est plus progressiste dans son approche du patrimoine culturel. Elle compare ce patrimoine avec celui, naturel, qui comprend « les sites et éléments naturels ainsi que les formations géologiques et physiques »[1510]. Dans ce sens, elle se distingue d'une certaine approche conventionnelle qui avait inclus ces dommages dans les dommages environnementaux[1511]. Il semble que la solution retenue par la CDI est plus proche du sens ordinaire à attribuer aux « biens » et à « l'environnement ». Selon la CDI, le patrimoine culturel doit être reconnu en tant que bien appartenant à l'État. En outre, elle ne définit pas ce patrimoine et se contente de se référer à la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel de 1972[1512]. La CDI a aussi mentionné la distinction entre les dommages directs et indirects qui relève plutôt de la notion des dommages économiques.

§3 Les dommages économiques

Une catégorie prétendument distincte. Dans la doctrine, on examine parfois les dommages économiques (*economic losses*) en tant que catégorie distincte[1513]. Dans ce sens, ils ne devraient pas être confondus avec les dommages aux personnes et aux biens. Ils seraient regroupés sous deux catégories à savoir les dommages économiques purs (*pure economic losses*) et les

---

[1509] Le Principe 2-a)-i).
[1510] *Ibid*., § 9, p. 68.
[1511] Voy. *supra* les dommages environnementaux dans les régimes conventionnels, la Convention de Lugano ; Voy. aussi la Convention d'Helsinki sur les cours d'eau et les lacs internationaux, Article 1§ 2.
[1512] *Ibid*., § 9, p. 68.
[1513] Voy. par exemple Cayot (M.), *Le préjudice économique pur*, L.G.D.J - Lextenso, 2017. Dans cet ouvrage, l'auteur met en avant les confusions théoriques qui entourent la notion. Elle y distingue entre les dommages économiques purs et indirects. Elle donne l'exemple des « dommages économiques » et les dommages causés par la concurrence déloyale comme des dommages qui ne résultent ni d'une atteinte aux personnes, ni d'une atteinte aux biens. Or, justement, elle inverse le fait dommageable et le dommage. Dans les exemples qu'elle donne, la *cause* du dommage n'est pas un bien ou une personne. L'objet du dommage lui est toujours un bien. Il faut préciser que ce dernier (le bien) dépasse le seul bien matériel et recouvre aussi les biens immatériels.

dommages économiques indirects (*consequential economic losses*). Les dommages indirects sont en réalité les conséquences économiques du dommage à une personne ou à un bien. L'exemple le plus parlant est le manque à gagner résultant d'un dommage corporel. Les dommages économiques purs sont normalement définis comme les conséquences économiques qui ne sont pas liées aux personnes ou aux biens. L'exemple typique concerne les conséquences économiques du dommage environnemental[1514]. Ainsi, la pollution du milieu marin peut avoir aussi des incidences économiques sur les activités qui dépendent de la mer, y compris la pêche et les loisirs. Cette pollution causerait donc à la fois un dommage environnemental et un dommage économique.

L'approche de la CDI. Après avoir rappelé cette distinction, la CDI a limité les dommages économiques indirects aux seuls dommages aux personnes et aux biens. Cependant, elle reconnaît qu'il peut y avoir de tels dommages en dehors des dommages aux personnes et aux biens. Selon elle, en l'absence d'une disposition normative applicable, il est toujours souhaitable d'indemniser les victimes innocentes[1515]. Cette approche peut être critiquée en ce que, justement, les dommages économiques purs sont censés échapper aux dommages personnels et aux biens[1516].

Une critique des catégories classiques. Il s'agit selon nous des catégories superflues. Les dommages créés peuvent être regroupés sous les trois grandes catégories, à savoir les dommages aux personnes, aux biens ou à l'environnement. Tout le reste ne représente que les dommages indirects, c'est-à-dire les conséquences économiques de ces dommages. Par conséquent, le manque à gagner du fait d'un handicap n'est en réalité qu'une continuité du dommage corporel. Distinguer ces conséquences du dommage personnel reviendrait à considérer qu'il y a là deux intérêts protégés, un de nature économique et l'autre non. Or, en réalité, le fonctionnement des trois grandes catégories de dommages (personnel, matériel ou environnemental) nous montre qu'elles fonctionnent, toutes, par l'attribution d'une valeur économique à l'intérêt protégé.

[1514] Voy. pour la distinction de ces catégories, Sandvik (B.), Suikkari (S.), « Harm and reparation in international treaty regimes », *op. cit.*, p. 64

[1515] Les Commentaires de 2006, p.68, §§7-8. Selon la CDI :

« … D'autres pertes économiques qui ne sont pas liées aux dommages corporels ou aux dommages aux biens peuvent se produire. Toutefois, en l'absence d'une disposition expresse portant sur les réclamations pour perte de revenu, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'en cas d'incident dû à des activités dangereuses qui est directement à l'origine d'une perte de revenu, des efforts soient accomplis pour faire en sorte que la victime ne soit pas privée d'indemnisation. »

[1516] Voy. Sandvik (B.), Suikkari (S.), «Harm and reparation in international treaty regimes », *op. cit.*, p. 64.

Conclusion de la Section 2

La question de la définition du dommage environnemental. Même s'il n'en existe pas de définition unanimement acceptée dans les droits conventionnels, il existe toujours quelques traits communs. L'ensemble des textes récents reconnaissent une certaine forme de dommage environnemental. La plupart des conventions reconnaissent par ailleurs les mesures de lutte et de sauvegarde nécessaires pour contenir les dommages environnementaux. Quant à la dégradation, voire la destruction des ressources naturelles, leurs approches ne sont pas les mêmes. Certaines reconnaissent les dépenses liées à une véritable remise en état des ressources endommagées. D'autres se contentent du seul manque à gagner, en limitant la réparation aux pertes économiques quantifiables en terme monétaire. Même si la problématique première des conventions était celle de trouver un consensus entre les États parties, il est difficile de ne pas y voir une différence de conception quant à la notion même de l'environnement. La question est de savoir si l'on considère ce dernier comme ayant une valeur inhérente et intrinsèque ou plutôt si on le limite à un moyen d'enrichissement économique quantifiable en terme monétaire.
Une tendance vers la progression des dommages. On constate une évolution notable dans la protection de l'environnement parmi les droits conventionnels. Les premières conventions de responsabilité objective, y compris la CLC et les Conventions nucléaires, ne reconnaissaient que le dommage aux personnes et aux biens. Depuis, à la suite de l'ampleur de certains accidents majeurs et d'une plus grande prise de conscience des enjeux environnementaux, il y a eu une reconnaissance progressive des dommages environnementaux dans les conventions. De ce fait, la destruction et la dégradation de l'environnement sont prises en compte dans la majorité des instruments plus récents. Il n'empêche que cette reconnaissance est limitée pour deux raisons. Premièrement, la grande majorité des conventions retiennent toujours l'approche de la CLC quant au dommage réparable. De ce fait, les dommages environnementaux sont limités au seul manque à gagner et à une vision restrictive des mesures de remise en état. Deuxièmement, la définition du dommage environnemental reste toujours très vague dans beaucoup d'instruments. L'absence de la définition précise pour les termes clés (notamment l'environnement, la remise en état, les mesures de lutte et la prévention) crée des ambiguïtés qui ne favorisent pas une protection efficace. À cet égard, nous avons proposé une reconnaissance expresse des dommages à l'environnement *per se* et la précision du contenu des mesures de remise en état. L'approche progressiste de la Convention de Lugano semble être le meilleur modèle aujourd'hui disponible. Cette approche consiste à inclure, dans la notion de remise en état, la réintroduction de l'équivalent des composantes détruites ou endommagées.

Les autres types de dommages. Nous avons aussi vu que les difficultés étaient moindres pour les autres types de dommages. Les dommages aux biens sont unanimement acceptés et le seul détail, peu décisif, est de savoir si le patrimoine culturel y est inclus ou pas. S'agissant des dommages aux personnes, la principale difficulté réside dans la reconnaissance des dommages moraux. Compte tenu de la grande diversité des textes conventionnels, il est difficile d'en déduire une règle générale. Malgré cette disparité, on peut regretter que la CDI n'ait pas expressément reconnu ces dommages, ne serait-ce qu'au titre du développement progressif du droit international.

Conclusion du Chapitre 7

Une notion complexe. Le présent chapitre témoigne à la fois de la complexité et de l'importance fondamentale du dommage dans le contentieux de la responsabilité, et plus particulièrement de la responsabilité objective. Dépendant de toute une série de concepts connexes, notamment du fait générateur et du lien de causalité, sa définition est toujours aussi controversée. Tantôt rapprochées, tantôt distinguées du préjudice, les confusions doctrinales à son propos ne manquent pas. Les quelques critères existants qui s'y rapportent, notamment le dommage direct et significatif, sont tout aussi relatifs et sujets à l'interprétation.

La typologie des dommages réparables. Nous avons vu que ces difficultés persistent dans la détermination de catégories de dommages indemnisables. Les dommages aux personnes et aux biens sont les moins difficiles à déterminer. Le contenu de ces dommages est très proche dans les deux formes de la responsabilité. En revanche, le dommage environnemental s'accompagne d'une multitude de questionnements qui tiennent à la difficulté de le traduire en termes financiers. En l'espèce, il s'agit d'un domaine dans lequel, une fois n'est pas coutume, c'est le droit commun qui vient chercher des solutions en droit de la responsabilité objective. En effet, l'accent mis sur la protection de l'environnement dans la responsabilité objective, lui donne une légitimité à transposer sa vision dans d'autres domaines.

Un développement important mais insuffisant. Les conventions de responsabilité objective ont vu un développement progressif du dommage environnemental réparable au cours des années. Au départ absent des textes conventionnels, ce dommage a trouvé une place de plus en plus importante. Ce développement n'est pourtant pas complet. Il a été plus conséquent en ce qui concerne les mesures de prévention et de lutte. En effet, l'admission de ce type de dommages comme étant réparables ne pose pas de problème aux acteurs concernés. Pourtant, cette évolution est bien plus lente quant aux dommages écologiques purs. Suivant la solution de la CLC, la grande majorité des instruments examinés ont aussi restreint la réparation des dommages environnementaux. Cela étant, la réparation de l'environnement en tant que tel, même par le biais d'une remise en état effective, peine à se faire accepter.

Une troisième catégorie superflue. Quant au prétendu dommage économique, nous avons proposé de l'inclure dans les trois autres catégories existantes. En effet, rien ne permet de justifier une troisième catégorie distincte. Au contraire, ces dommages ne sont que la continuité logique des deux autres catégories existantes.

Chapitre 8 : Les règles liées à l'attribution

Le choix de l'intitulé. L'attribution a été définie comme le « rattachement à un sujet de droit international des actions ou omissions des individus ou organes se trouvant sous son autorité effective et agissant pour son compte »[1517]. En droit commun de la responsabilité, le chantier est à la fois vaste et ancien. Dans les Articles de 2001, il existe un Chapitre II qui porte sur l'attribution d'un comportement à l'État. Les différents articles de ce chapitre prévoient des règles d'attribution pour les actes accomplis par les organes de l'État ou une tierce personne dont les actes sont quand même attribués à l'État[1518]. Nous avons préféré le choix du terme « attribution » plutôt que celui d'« imputation » pour les mêmes raisons que la CDI :

> « Ce terme lui a apparu préférable à d'autres fréquemment employés dans la pratique et la jurisprudence internationale, tels que celui d'imputation' — bien que les auteurs aient depuis longtemps pris soin de mettre en relief que, lorsqu'on emploie les termes 'imputabilité' ou 'imputation' en matière de responsabilité internationale des États, on n'entend nullement leur donner une signification correspondant à celle qu'on leur attribue, par exemple, en droit pénal interne (ou, par 'imputation', on peut vouloir désigner l'inculpation d'un sujet faite par une autorité judiciaire). Le terme 'attribution' évite en tout cas plus sûrement des interprétations erronées. »[1519]

En droit de la responsabilité objective, l'attribution doit être interprétée avec quelques aménagements. Effectivement, elle ne doit pas se limiter à un rattachement au seul État. En sachant qu'un grand nombre d'instruments applicables prévoient une responsabilité civile, on examine aussi le rattachement aux personnes privées. Cela étant, nous pensons que ces règles sont applicables, *mutatis mutandis* aux acteurs publics, auteurs du dommage.

Le rapport avec le dommage. Il a été dit, en droit de la responsabilité classique, que l'imputabilité est consubstantielle avec le fait générateur (le fait illicite)[1520]. Il en va de même en ce qui concerne la responsabilité objective, sauf qu'ici ce n'est pas le fait illicite, mais le dommage qui déclenche le rapport juridique. Ce Chapitre est donc un complément nécessaire au Chapitre 7 sur le dommage.

Le rapport avec la causalité. Le lien de causalité doit être établi afin d'attribuer un acte à l'État ou toute autre personne responsable. La causalité est donc une condition nécessaire de l'attribution. Or, il arrive parfois que l'État soit tenu responsable même si la chaîne de causalité

[1517] Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public, op.cit.*, p. 108.
[1518] Les articles 4 et 7 portent sur les organes *de jure*, les articles 5 et 9 sur les actes d'un organe *de facto*, l'article 6 sur un organe d'un autre État et l'article 8 pour les actes accomplis sous le contrôle ou la direction de l'État.
[1519] Rapport de la CDI, 1973, *ACDI*, vol. II, sous « Article 3 », p. 187, §14, cité *in* Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit…, op.cit.*, p. 108.
[1520] Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, 13e éd., *op. cit.*, p. 542.

ne mène pas directement à lui[1521]. Le lien de causalité a été présenté comme « une règle permettant de reconnaître et de qualifier deux faits, l'un en cause et l'autre en conséquence »[1522]. En droit de la responsabilité classique, cette causalité doit être établie entre, d'une part, le fait générateur et, d'autre part, la violation du droit international[1523]. Il faut démontrer que le comportement en question, qu'il soit un acte ou une omission, a bien causé une violation du droit international[1524]. En droit de la responsabilité objective, la violation du droit international doit être remplacée par le dommage. Ici, le comportement en question doit avoir causé le dommage dont il est question de réparer.

Cela dit, le rapport entre la causalité et l'attribution n'est pas toujours clair. Certes, l'attribution n'est pas toujours équivalente à la causalité. Pour l'expliquer, il convient de distinguer les situations où l'État a causé le dommage lui-même et celles où il intervient en tant que « garant » de la personne originellement responsable. Dans le premier cas, la responsabilité lui est attribuée car il est la cause du dommage créé. Dans le deuxième cas, le lien de causalité implique la personne à l'origine du dommage et non pas l'État. Cela dit, nous pensons que dans ce cas de figure, l'attribution à l'État se fait en raison de son rapport privilégié avec cette personne (notamment la nationalité) et non du lien de causalité. En effet, si la négligence de l'État avait « causé » le dommage[1525], on serait face à une responsabilité classique et non objective. Cela dit, dans les exemples de ce Chapitre, il s'agira parfois d'un État qui n'a pas réellement causé le dommage, mais qui sera quand même tenu responsable.

L'annonce du plan. Le présent Chapitre examine les différents aspects de l'attribution en droit de la responsabilité objective. Deux questions principales sont au cœur de la réflexion. La

---

[1521] Voy. les articles 5 à 11 des Articles de 2001.

[1522] Dreyssé (D.), *Le comportement de la victime dans le droit de la responsabilité internationale*, Paris, Dalloz, 2021, p. 250.

[1523] Dans la doctrine, certains définissent la causalité comme le lien qui doit unir le dommage au fait illicite. Il nous semble que cette définition de la causalité va à l'encontre du postulat de base des Articles de 2001 qui n'exigent pas le dommage pour l'établissement de la responsabilité. Si la condition de la responsabilité est la simple violation du droit international, la causalité ne peut que viser cette violation.
Voy. Dupuy (P-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public, op.cit.*, pp. 565-565, n° 490 ; Dupuy (P-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public*, 17e éd, 2024, pp. 561-562.

[1524] L'article 2 des Articles de 2001 a bien expliqué les éléments nécessaires à l'établissement de cette causalité et par conséquent à l'établissement de la responsabilité :
« Éléments du fait internationalement illicite de l'État
Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission :
a) Est attribuable à l'État en vertu du droit international ; et
b) Constitue une violation d'une obligation internationale de l'État. »

[1525] Cela dit, même en cas de négligence, le véritable lien de causalité implique souvent la personne originellement responsable, et la responsabilité de l'État est engagée surtout en raison de son manquement dans l'exercice de ses compétences souveraines. Autrement dit, selon nous, dans la majorité des cas où l'État est tenu responsable des actes d'une autre personne, le fondement de cette responsabilité réside dans l'idée de garantie (basée sur son lien privilégié avec cette personne) et non parce qu'il a véritablement « causé » le dommage.

première concerne le choix de la personne responsable et la deuxième est relative à la manière dont ce choix est effectué. Autrement dit, dans la première question on s'interroge sur l'objet de l'attribution (à qui on va attribuer ? — Section 1) et la deuxième la méthode de l'attribution (comment on va attribuer ? — Section 2).

Section 1 : L'objet de l'attribution

Cette première section se penche sur le choix de la personne responsable, publique ou privée, ainsi que sur le rôle complémentaire de l'État. Quant au choix de la personne responsable, il convient de se demander s'il existe un choix uniforme ou, au moins, des critères communs dans les droits conventionnels et la jurisprudence. Il existe certaines options qui ont été utilisées dans différents droits conventionnels. Il s'agit de savoir qui, parmi les différentes personnes impliquées dans une activité dangereuse (propriétaire, exploitant, fournisseur, etc.), sera tenu pour responsable (§1). Au-delà de la désignation de cette personne se pose aussi la question de la responsabilité d'une personne en particulier, à savoir l'État. Les régimes de responsabilité objective ont prévu plusieurs cas de responsabilité étatique. L'État peut être tenu responsable non seulement pour ses propres actes, mais aussi pour les actes des personnes privées agissant sous sa juridiction. Au regard de la vocation publiciste de la présente thèse, ces cas ne peuvent pas être passés sous silence (§2).

§1 Le choix de la personne responsable

Pour statuer sur le choix de la personne responsable, il convient d'examiner les droits conventionnels (A.) avant d'étudier la position de la CDI (B.).

A. Les droits conventionnels

La maîtrise du risque. Dans l'hypothèse où l'on voudrait proposer un régime homogène de responsabilité, il conviendrait de se demander s'il peut y avoir un choix privilégié. Cependant, la comparaison des droits conventionnels nous apprend que les critères retenus sont assez variables et il n'est pas possible de proposer une seule personne en tant que personne responsable. Il n'empêche que le critère de fond retenu par l'ensemble des conventions semble être la maîtrise effective du risque. Dans l'hypothèse où la maîtrise factuelle de l'activité ne coïncide pas avec la « direction » de l'activité en question, certaines conventions penchent plutôt vers la direction et le contrôle effectif.

La plupart des droits conventionnels ont retenu la responsabilité de l'exploitant (1.). Il existe aussi des conventions qui n'ont pas prévu la responsabilité d'une seule personne. Au contraire, ces conventions ont prévu une liste de personnes potentiellement responsables (2.). En général la personne qui avait le contrôle effectif de l'activité dangereuse au moment où le dommage est

survenu sera tenue pour responsable. Enfin, certaines conventions prévoient des critères atypiques (3.).

1. La responsabilité de l'exploitant

Les régimes nucléaires et aériens. Le choix le plus largement repris est celui de l'exploitant de l'activité dangereuse. Dans le Titre III, nous avons déjà vu l'exemple des régimes nucléaires et aériens qui partagent ce choix. En effet, les Conventions nucléaires ont prévu la responsabilité de l'exploitant de l'installation nucléaire. Ces Conventions ont aussi la particularité de retenir la responsabilité de cet exploitant même au cours du transport de la matière nucléaire[1526]. Quant au régime aérien, nous avons vu que les deux Conventions applicables à savoir la Convention de Rome et la Convention de Montréal ont retenu la responsabilité du transporteur. La Convention de Rome 1952 a retenu la responsabilité de l'exploitant de l'aéronef. Elle a prévu une présomption réfragable selon laquelle le propriétaire de l'aéronef est aussi l'exploitant. La Convention de Montréal quant à elle retient la responsabilité du transporteur qu'elle ne définit pas. Cependant, au regard du contenu et de l'esprit du texte, le transporteur n'est que l'exploitant effectif de l'aéronef. Nous avons aussi rappelé que malgré cette règle de base, la Convention de Rome permettait de dépasser la simple exploitation pour retenir plutôt la direction de la navigation[1527].

La CRTD. D'autres conventions ont aussi retenu l'exploitation effective. La Convention CRTD par exemple a retenu la responsabilité du transporteur[1528]. Ce dernier a été défini comme « la personne qui, au moment de l'événement, dispose de l'emploi du véhicule à bord duquel les marchandises dangereuses sont transportées »[1529]. Cette Convention prévoit aussi une présomption selon laquelle la personne au nom de laquelle est immatriculé le véhicule, ou à défaut, le propriétaire, ont l'emploi du véhicule. Pourtant, cette présomption est réfragable si ces personnes prouvent qu'une autre personne dispose de l'emploi du véhicule[1530]. Cela étant, au bout du compte, le critère essentiel est toujours l'exploitation effective du moyen de transport.

La Convention de Lugano. La Convention de Lugano a, elle aussi, retenu la responsabilité de l'exploitant. Elle a défini l'exploitant comme « la personne qui exerce le contrôle d'une activité

[1526] Voy. le Chapitre 6, Section 1.
[1527] Voy. le Chapitre 6, Section 3.
[1528] L'article 5 § 1 de la Convention CRTD.
[1529] L'article Premier§8-a).
[1530] *Ibid.*

dangereuse »[1531]. Cette responsabilité est d'ailleurs limitée à la période où il a exercé ce contrôle[1532]. En ce qui concerne le choix de la personne responsable, elle contient une autre règle qui doit être rappelée. Cette règle concerne des sites de stockage permanent des déchets. La Convention a prévu un cas où les déchets déposés dans le site causent des dommages qui n'apparaissent qu'après la fermeture du site. Dans ce cas, elle a prévu la responsabilité du dernier exploitant[1533]. Il semble que cette décision a été prise à défaut de mieux. En effet, il n'existe que deux alternatives à cette position. Soit, faire l'abstraction du dommage causé sous prétexte qu'il n'apparaît que tardivement. Soit retenir une responsabilité solidaire de l'ensemble des exploitants avant la fermeture. L'une et l'autre de ces alternatives n'étant pas viables, la Convention a opté pour une solution de compromis.

Le Protocole de Kiev et L'Annexe VI du Protocole de Madrid. Le Protocole de Kiev a aussi prévu la responsabilité de l'exploitant de l'activité dangereuse sans pour autant le définir. L'Annexe VI quant à elle propose la responsabilité de « l'opérateur » qui est en réalité l'équivalent de l'exploitant dans les autres Conventions. Il est défini comme suit :

> « Par "opérateur", on entend une personne physique ou morale, qu'elle soit gouvernementale ou non gouvernementale, qui organise des activités devant être conduites dans la zone du Traité sur l'Antarctique. »[1534]

Le critère est donc « l'organisation » qui n'est pas vraiment différente d'autres critères vus précédemment. Il est aussi intéressant de remarquer que, sur le fond, le texte ne fait pas de distinction entre les opérateurs publics et privés.

La Convention de 1977 sur la pollution par les hydrocarbures. Il en va de même pour la Convention de 1977 sur la pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales. Cette convention a pourtant la particularité de définir l'exploitant en fonction de son contrôle global et non pas effectif sur l'activité dangereuse[1535]. On verra l'importance de ce critère dans le paragraphe suivant (§2), quand il s'agit d'examiner le critère de contrôle.

[1531] L'article 2 § 5 de la Convention de Lugano.
[1532] *Ibid.*
[1533] Article 7 § 1.
[1534] Article 2-c).
[1535] En, l'article 1 § 3 de la Convention se lit comme suit :
« *"Operator" means the person, whether licensee or not, designated as operator for the purposes of this Convention by the Controlling State, or, in the absence of such designation,* the person who is in overall control of the activities carried on at the installation. »
Nous soulignons. La version originale du texte est rédigée uniquement en anglais.

2. Les textes disposant d'un critère inclusif

Le Protocole de Bâle. Il ne prévoit pas la responsabilité d'une seule personne. Dans les différents scénarios prévus par le texte, ce sont tour à tour, l'exportateur, l'importateur, le générateur ou l'éliminateur qui sont responsables[1536]. Le critère essentiel est donc la maîtrise du risque au moment où l'accident s'est produit[1537].

La Convention sur les hydrocarbures de soute. Adopté dans le cadre de l'OMI, cette Convention a repris, en apparence, le choix de la CLC, à savoir le propriétaire du navire[1538]. Or, en réalité, le critère retenu est bien plus large en ce qu'il recouvre une multitude de personnes, à savoir le propriétaire inscrit, l'affréteur coque nue, l'armateur gérant et l'exploitant du navire[1539]. Cela étant, la similitude avec la CLC n'est qu'artificielle. Au fond, le critère retenu est plus proche des Protocoles de Bâle et de Nagoya.

Le Protocole de Nagoya. Le Protocole de Nagoya ne prévoit pas la responsabilité civile, mais plutôt une obligation de prendre des mesures d'intervention appropriées[1540]. Cette obligation revient à « l'opérateur » que la Convention a défini dans ces termes :

> « c) "Opérateur" s'entend de toute personne qui contrôle directement ou indirectement l'organisme vivant modifié et qui pourrait, selon le cas et tel que déterminé par le droit interne, inclure, entre autres, le titulaire du permis, la personne qui a mis l'organisme vivant modifié sur le marché, le concepteur, le producteur, l'auteur de la notification, l'exportateur, l'importateur, le transporteur ou le fournisseur ; »[1541]

À la lecture de cet article, il apparaît que le critère déterminant est le contrôle de l'organisme modifié. La liste, non exhaustive et non obligatoire, des personnes pouvant être reconnues comme opérateur, couvre une série de personnes. Ces personnes sont toutes impliquées dans la chaîne de production et de distribution du produit concerné. La taille de cette liste rappelle la solution de la Convention de Bâle.

L'OPA américain. Même si le présent paragraphe porte principalement sur les droits conventionnels, une loi interne en particulier ne peut pas être ignorée. Il s'agit de l'OPA américain qui sert de véritable alternative à la CLC[1542]. Le choix de cette loi en la matière a été tellement emblématique qu'il ne pouvait pas être passé sous silence. En effet, il s'agit d'un modèle alternatif dont la compréhension est nécessaire pour mieux appréhender le régime

---

[1536] Voy. l'article 6 du Protocole pour les différents cas de figure.
[1537] Voy. dans ce sens Rao (S.), *Deuxième rapport*, p. 82.
[1538] L'article 3 § 1 de la Convention sur les hydrocarbures de soute de 2001
[1539] Article 1 § 3.
[1540] L'article 5 du Protocole de Nagoya.
[1541] Article 2 § 2-c).
[1542] Voy. *supra* Chapitre 6, Section 2.

conventionnel. Il a donc été largement utilisé dans les travaux de la doctrine sur la responsabilité objective.

Nous avons déjà vu que les États-Unis ont refusé d'adhérer au régime conventionnel pour la pollution causée par les hydrocarbures. Ils ont décidé d'appliquer leur législation interne, notamment l'*Oil Pollution Act* de 1990. L'une des raisons de l'adoption de cette loi était justement les limites du droit conventionnel quant au choix de la personne responsable. Au lieu de canaliser la responsabilité sur une seule personne, l'OPA dispose qu'une multitude de personnes peuvent être tenues pour responsables.

Étonnamment, le choix de la personne responsable est présenté dans la section 1001 (32) (A) qui porte sur les définitions. La partie responsable est définie comme suit :

> « *In the case of a vessel, any person owning, operating, or demise chartering the vessel.* »[1543]

Cet article désigne comme responsable le propriétaire, l'affréteur coque nue ou l'opérateur du navire. Il n'y a pas de difficulté pour la définition de la première notion. Quant à l'affrètement coque nue, il s'agit d'un contrat établi entre un fréteur et un affréteur. Selon ce contrat, le fréteur (le propriétaire) met le navire à disposition de l'affréteur contre le paiement d'un loyer (le fret). Le navire est mis à disposition sans armement ni équipement. En revanche, la définition de l'opérateur reste encore aujourd'hui sujette de débats au sein de la doctrine et de la jurisprudence américaine[1544]. L'OPA lui-même, dans un contexte différent (la responsabilité d'un créancier qui exerce un contrôle sur le navire) donne des précisions qui nous semblent pertinentes pour la définition de l'opérateur :

> « *[Est l'opérateur du navire un créancier qui] (I) exercises decision making control over the environmental compliance related to the vessel or facility...*
>
> *(II) exercises control at a level comparable to that of a manager of the vessel or facility, such that the person has assumed or manifested responsibility.* »

Il semblerait alors que le critère pertinent soit celui du niveau de contrôle sur le navire. L'appréciation de ce critère reviendra au juge qui va examiner le niveau de contrôle au cas par cas.

3. Les critères atypiques

Le régime spatial et la CLC. Le choix de la personne responsable dans la Convention spatiale et la CLC a déjà été examiné[1545]. Nous avons vu que les deux Conventions ont retenu un critère

---

[1543] La section 1001 (32) (A) de l'OPA.

[1544] Pour voir une discussion détaillée de ce débat voy. Wu (C.), *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures*, *op. cit.*, pp. 298-299.

[1545] Voy. supra Titre III, les sections sur le régime spatial et la CLC.

qu'on pourrait qualifier d'atypique. Il l'est, car il ne correspond pas à la logique fondamentale des autres conventions. En effet, le critère du fond dans les autres conventions de la responsabilité objective est la maîtrise sur l'activité dangereuse. Cette maîtrise est le mieux traduite par la notion d'exploitation effective. Or, le régime spatial et la CLC ne sont pas conformes à ce critère. Le premier se désintéresse de l'exploitant effectif pour s'intéresser au seul État de lancement. La deuxième retient la responsabilité du propriétaire du navire qui peut très bien être une personne autre que l'exploitant effectif. Suivant la CLC, une autre Convention adoptée dans le cadre de l'OMI, à savoir la Convention SNPD a retenu le même critère[1546].

B. La position de la CDI

L'évolution du dernier rapporteur spécial. Dans son premier Projet de principes, le rapporteur spécial Rao avait proposé la responsabilité du seul exploitant. Son Projet de principes proposés dans son deuxième rapport prévoyait ce qui suit :

> « Variante B
> 1. L'exploitant qui mène une activité dangereuse sise sur le territoire ou en des lieux placés sous la juridiction et le contrôle d'un État est responsable des dommages transfrontières causés par cette activité… »[1547]

Cependant, dès le départ, le rapporteur était conscient des différences entre les régimes de responsabilité à la fois dans le choix de la personne responsable et dans la définition de l'exploitant[1548]. Par conséquent, les Principes finalement adoptés proposent une vision plus nuancée quant au choix de la personne responsable.

Une proposition du choix de la responsabilité. Le principe 4 est la disposition clé dans les Principes de 2006 quant au choix de la personne responsable :

> « 2. Ces mesures devraient comprendre la mise de la responsabilité à la charge de l'exploitant *ou, le cas échéant, d'une autre personne ou entité*. Cette responsabilité ne devrait pas dépendre de la preuve d'une faute. Toutes conditions, restrictions ou exceptions à ladite responsabilité doivent être compatibles avec le projet de principe 3 »[1549].

La première spécificité de ce texte est qu'il ne prévoit pas la responsabilité du seul exploitant. Il est donc ouvert au choix de toute autre personne dans les régimes spécifiques. Cependant, il faut noter que parmi les différentes options possibles, elle a seulement mentionné l'exploitant. La CDI avait certainement à l'esprit la position des différents droits conventionnels en la

---

[1546] L'article 7 § 1 et l'article Premier§3 de la Convention SNPD.
[1547] *Deuxième rapport sur le régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses*, Rao (P. S.), rapporteur spécial, *op. cit.*, p. 82.
[1548] *Ibid.*
[1549] Italiques ajoutés. Le Principe 4 § 2 des Principes de 2006.

matière. En sachant que les positions sont fort divergentes, elle ne pouvait pas se permettre d'imposer la responsabilité d'une seule personne[1550].

Les Commentaires de 2006 ont mentionné que la responsabilité découlant des activités dangereuses incombe « principalement » à l'exploitant[1551]. Cependant la CDI a précisé que :

> « Toutefois, il a également été admis que cette responsabilité ne doit pas toujours incomber à l'exploitant d'une activité dangereuse ou à risque et que d'autres entités pourraient également être désignées par voie d'accord ou par la loi. Le point important est que la personne ou l'entité concernée *exerce des fonctions de commandement, de contrôle ou de direction, ou de supervision d'ensemble de l'activité* et que, comme bénéficiaire de celle-ci, sa responsabilité peut être engagée. »[1552]

La CDI n'a donc pas statué définitivement en faveur du choix de l'exploitant. Cependant, elle rappelle que la plupart des instruments internationaux ont fait ce choix[1553]. L'exploitant est quant à lui défini comme suit :

> « g) On entend par "exploitant" toute personne qui dirige ou contrôle l'activité au moment de la survenance de l'événement ayant causé le dommage transfrontière. »[1554]

Le contrôle effectif. Dans ses commentaires, elle précise qu'il n'existe pas de définition générale du terme en droit international. En effet, la définition du terme varie en fonction de la nature de l'activité en question[1555]. Cela étant dit, la définition donnée est présentée comme une définition « fonctionnelle » fondée sur une détermination factuelle relative à la maîtrise de l'activité en question[1556]. La CDI s'est donc intéressée à l'usage, au contrôle et à la direction de l'activité en question. Selon elle, le critère déterminant est celui du contrôle effectif, à la fois économique et juridique[1557]. Il est difficile de ne pas y voir aussi un lien avec ce même critère défendu par la CIJ[1558] et repris par les Articles de 2001[1559], en matière de responsabilité classique[1560]. Ce critère est effectivement très proche de celui utilisé dans les droits

---

[1550] Voy. à cet égard aussi la Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil (21 avril 2004) qui retient la responsabilité de l'exploitant (les article 6§1 et 8§1).
[1551] Les Commentaires de 2006, p. 61, § 8.
[1552] Italiques ajoutés. Les Commentaires de 2006, p. 61, § 8.
[1553] Voy. aussi *Neuvième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/450, 1993, p. 212 notamment. §50.
[1554] Principe 2-g) des Principes de 2006.
[1555] *Ibid*., p.74, §31.
[1556] *Ibid*., p.74, §32.
[1557] *Ibid*.
[1558] CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, *C.I.J. Recueil 1986*, §§115-116.
[1559] Voy. l'article 8 des Articles de 2001 et les commentaires y relatifs.
[1560] Ce critère et son rapport avec le contrôle global, proposé par le TPIY ont donné suite à un nombre important de recherches doctrinales. Voy. par exemple Cassese (A.), « The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia », *EJIL*, vol. 18, n° 4, septembre 2007, pp. 649–668 ; Álvarez Ortega (E-L), « The Attribution of International Responsibility to a State for Conduct of Private Individuals within the Territory of Another State », *InDret*, vol.1, 2015

conventionnels. À cet égard, il faut pourtant rappeler la Convention de 1977 sur les pollutions par les hydrocarbures du sous-sol marin qui a retenu expressément le contrôle « global » (*global control*)[1561].

Le mot « contrôler » quant à lui se réfère aux « attributions en matière d'administration, direction, réglementation, gestion ou supervision »[1562].

Un critère inclusif. Le critère retenu par la CDI a le mérite de laisser la porte ouverte à deux possibilités déterminantes en la matière. Premièrement, la CDI a évoqué la possibilité de retenir la responsabilité d'une société mère, si c'est elle et non pas les personnes agissant pour son compte qui détient le contrôle effectif. Deuxièmement, elle précise que l'exploitant peut être une personne aussi bien publique que privée. Elle a envisagé expressément la possibilité que l'État soit l'exploitant aux fins de sa définition[1563].

Une fois qu'on a déterminé la personne responsable, il se pose la question du rôle éventuel de l'État. Le rôle de l'État se limite-t-il à ses obligations de diligence due ou peut-il aussi être responsable sur la base de la responsabilité objective ?

§2 Le rôle complémentaire de l'État

Les quatre positions conventionnelles. Il existe quatre positions quant à cette question. Il existe un seul texte qui prévoit la responsabilité automatique de l'État pour tout lancement effectué depuis son territoire ou autrement sous sa juridiction[1564]. La deuxième position est le cas du Protocole de Madrid qui écarte expressément la responsabilité de l'État pour les actes des opérateurs privés. Le Protocole en question a restreint la responsabilité étatique à la seule diligence due. En dehors de ce cadre, l'État n'aura aucune responsabilité[1565]. La troisième catégorie est celle des Conventions nucléaires. Nous avons déjà vu qu'il existe une complémentarité de la responsabilité étatique dans plusieurs cas de figure. Nous avons aussi argumenté qu'il s'agit d'une véritable responsabilité objective et non pas le manquement à la diligence due. Ces cas ne relèvent pas vraiment de l'absence de diligence due. Par exemple, si

---

[1561] L'article 1 § 3 de la Convention. Voy. aussi la position de cette Convention au paragraphe précédent sur les droits conventionnels.

[1562] Les Commentaires de 2006, p. 75, § 33.

[1563] Les Commentaires de 2006, p. 75, § 34.

[1564] Article II de la Convention spatiale de 1972, voy. aussi *supra* Chapitre 5, le régime spatial.

[1565] L'Annexe VI du Protocole de Madrid 1991, article 10. L'article en question se lit comme suit :
« Une Partie n'est pas tenue pour responsable si un opérateur, autre que ses opérateurs étatiques, ne prend pas d'action en cas d'urgence dans la mesure où cette Partie a pris des mesures appropriées qui sont du ressort de sa compétence, y compris l'adoption de lois et règlements, des actions administratives et des mesures d'exécution, pour garantir le respect de la présente annexe »

l'État n'a pas exigé une assurance suffisante, en réalité elle a accepté d'être le garant lui-même[1566]. La quatrième et la plus étendue est celle des régimes tout simplement silencieux. Cette catégorie est celle qui nous intéresse le plus. Des quatre positions conventionnelles, deux ont déjà été examinées et le Protocole de Madrid n'a pas besoin d'autres explications. Il suffit de rappeler qu'il a écarté la responsabilité de l'État en dehors de la seule diligence due. Seule la quatrième position concernant les régimes silencieux a besoin d'être davantage développée.

La CLC. La Convention est en effet silencieuse sur une éventuelle responsabilité complémentaire de l'État. Elle a prévu un cas où l'État prend en charge la responsabilité du navire, mais il s'agit en réalité des navires étatiques. La Convention a prévu que ces navires n'ont pas besoin de souscrire une assurance, mais doivent se munir d'une attestation attestant spécifiant que l'État prendra en charge des dommages éventuels[1567]. Ici l'État est responsable pour son propre comportement et non pas celui des personnes privées agissant sous sa juridiction.

La CRTD. L'article 4 de la Convention prévoit la possibilité que le navire en question soit une propriété de l'État. L'État partie peut décider que la Convention s'applique aux navires affectés à un service non commercial de l'État (y compris les navires de guerre)[1568]. Pour tout autre navire, l'État partie renonce à son immunité de juridiction. Comme pour la CLC, l'État peut prendre en charge la responsabilité du navire lui-même[1569]. Pour les questions examinées, il en va de même pour la Convention de SNPD[1570].

Le Protocole de Kiev. L'article 12 du protocole porte sur la responsabilité internationale des États. Il prévoit que :

> « Le Protocole ne porte pas atteinte aux droits et obligations reconnus aux Parties en vertu des principes du droit international général concernant la responsabilité internationale des États. »

Ce dispositif pourrait être interprété comme permettant deux actions parallèles. D'une part, il y aurait la possibilité d'une procédure civile, en vertu de la Convention et d'autre part, la possibilité d'une procédure parallèle pour la responsabilité étatique. Bien entendu, il s'agit d'une simple possibilité et le Protocole ne prévoit rien sur les aspects procéduraux ou substantiels d'une telle action.

[1566] Voy. *supra*, Chapitre 6, le régime nucléaire.
[1567] L'article VII § 12 de la CLC.
[1568] Article 4 § 5. L'article 4 § 4 précise pourtant qu'à défaut d'une telle décision, la Convention ne s'applique pas à ces navires.
[1569] Article 4 § 6 et article 12 § 12.
[1570] Article Premier §3, Article 4, §§4-6 et article 12 § 12.

La synthèse de Barboza. Barboza quant à lui avait présenté trois cas de responsabilité subsidiaire (« *residual* ») de l'État[1571]. Deux d'entre eux sont prévus dans le droit positif et le troisième est *de lege ferenda*. Le premier est celui où l'État est responsable quand la responsabilité de l'exploitant est limitée et que le dommage excède cette limite. Un exemple de cette forme de responsabilité peut être trouvé dans le régime nucléaire[1572]. Le deuxième type est celui de la responsabilité de l'État quand l'exploitant ne dispose pas des garanties financières suffisantes. Or, l'exemple qu'il a présenté sous cette catégorie concerne en réalité la responsabilité classique. En effet, la Convention de 1988 sur la réglementation des activités minérales en Antarctique prévoit la responsabilité de l'État en complément de la responsabilité de l'exploitant, mais uniquement s'il a failli à ses obligations de diligence requise[1573].

Le troisième type est simplement une proposition *de lege ferenda*. Il s'agit d'une proposition consistant à compléter la responsabilité de l'exploitant aux cas où la réparation ne peut pas être exigée de l'exploitant. Il peut s'agir de trois hypothèses : celle des cas où l'existence d'une multitude de sources de pollution rend impossible la détermination de la part de chacune d'entre elles, celle des cas où l'exploitant ne peut pas être identifié et celle où le dommage transfrontière est le résultat de causes « cumulatives »[1574].

La position de la CDI. Dans la Première Partie, le choix final de la CDI sur l'aspect public ou privé du sujet a été brièvement examiné[1575]. Nous avons vu que petit à petit, la position de la CDI a été modifiée. D'une responsabilité essentiellement étatique prévue par le premier rapporteur spécial, on est arrivé à une responsabilité principalement privée dans les Principes de 2006. Nous avons vu aussi les résistances étatiques à tout engagement de l'État sur la base de la théorie du risque. Cependant, et même si les Principes de 2006 n'ont prévu aucune véritable obligation pour les États, ils incluent des recommandations qui peuvent être le début d'un futur engagement étatique.

[1571] Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit*, pp. 38-39.

[1572] Voy. *supra* Chapitre 6, le régime nucléaire.

[1573] L'article 8 § 3-a) de la Convention se lit comme suit :
« Les types de dommages visés au paragraphe 2 ci-dessus qui ne se seraient pas produits ou n'auraient pas persisté si l'État parrain avait rempli ses obligations aux termes de la présente Convention envers son Opérateur, engagent, conformément au droit international, responsabilité dudit État Parrain. Ladite responsabilité est limitée à la part de responsabilité qui n'est satisfaite ni par l'opérateur ni d'aucune autre manière. »
Il en ressort d'ailleurs qu'il s'agit véritablement d'une responsabilité complémentaire qui ne couvre que la part non récupérable par l'opérateur lui-même.

[1574] Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, *op. cit*, p. 38. En réalité, ici il fait une synthèse de différentes propositions doctrinales prévoyant une responsabilité « alternative » de l'État. Pour les propositions originales voy. les notes de bas de page 25 à 27 de son ouvrage.

[1575] Voy. *supra* Chapitre 4.

La responsabilité de l'État a été envisagée de diverses façons dans les travaux de la CDI. Nous avons expliqué à maintes reprises que les travaux de la CDI ne prétendent pas codifier le droit coutumier ou d'avoir, autrement, force obligatoire[1576]. Cependant, ces articles sous forme de *soft law*, ont parfaitement le potentiel d'être repris pour un texte conventionnel futur. La première forme de l'engagement étatique se matérialise dans ce cas de figure. Comme pour les droits conventionnels existants, dans toute autre convention future, l'État a l'obligation de mettre en œuvre les dispositions conventionnelles, notamment la mise en place d'un régime de responsabilité objective en droit interne. La non-application de ces obligations déclenche en soi l'obligation de l'État. À cet égard, l'obligation de se munir des assurances ou de toute autre garantie suffisante relève d'une importance particulière. Dans le cas d'une activité dangereuse dépourvue d'une garantie suffisante, mais dont l'État a laissé continuer l'activité, cet État devrait en principe être tenu pour responsable.

La deuxième forme d'engagement de responsabilité étatique concerne une possibilité prévue au Principe 4. Ce principe qui porte sur l'indemnisation prompte et adéquate reprend les modèles conventionnels en présentant les différents niveaux de responsabilité. Il s'agit d'abord de la responsabilité de l'exploitant qui doit couvrir sa responsabilité par les assurances ou toute autre garantie financière[1577]. Ensuite, il s'agit des fonds alimentés par la branche d'activité au niveau national[1578]. Au dernier niveau, il propose un financement à contenu incertain :

> « 5. Au cas où les mesures visées aux paragraphes précédents seraient insuffisantes pour accorder une indemnisation adéquate, l'État d'origine devrait en outre assurer la disponibilité de ressources financières supplémentaires. »

Les commentaires à propos de ce principe précisent qu'il n'exige pas la mise en place d'un financement public. Ce qui est exigé consiste seulement en « ressources financières supplémentaires ». Or, si ce ne sont ni les assurances ni les fonds complémentaires, on voit mal quelles ressources supplémentaires il pourrait y avoir, à part justement les financements publics. La possibilité d'un tel financement est par exemple prévue dans la législation américaine sur la responsabilité nucléaire. Si les deux premiers niveaux de réparation ne suffisent pas à indemniser les victimes, le Congrès américain décidera de toute autre modalité de réparation des victimes. Dans ce cas de figure, le président devra présenter au Congrès à la fois le montant des dommages dépassant les plafonds légaux et des recommandations quant aux sources additionnelles de financement[1579]. Ce qui est notable, c'est que l'*Act* en question ne se contente

[1576] Voy. Les Commentaires de 2006, le Commentaire général, pp. 61-62. Voy. aussi *supra* Chapitre 4.
[1577] Voy. les Principes de 2006, Principe 4, §§1-3 et les commentaires y relatifs.
[1578] *Ibid.*, Principe 4, §4 et les commentaires y relatifs.
[1579] 42 U.S. Code § 2210 — Indemnification and limitation of liability-(i)-(2).

pas d'une réparation adéquate et exige, au contraire, une indemnisation prompte et intégrale (« *full and prompt compensation* »[1580]).

[1580] 42 U.S. Code § 2210 — Indemnification and limitation of liability-(i)-(2)-(C).

Conclusion de la Section 1

Le choix de la personne responsable. Dans la présente Section, l'attention a été portée sur le choix de la personne responsable. La plupart des droits conventionnels ont privilégié la responsabilité de la personne privée en charge de l'activité dangereuse et non pas l'État d'origine. Même s'il n'existe pas d'unanimité sur le choix de cette personne, la plupart des conventions ont retenu la responsabilité de l'exploitant de l'activité dangereuse. Ce choix peut être critiqué dans la mesure où ce n'est pas toujours cette personne qui exerce le contrôle effectif de l'activité dangereuse. Au lieu de désigner une personne fixe *a priori*, il convient de présenter un critère (normalement le critère effectif) à appliquer au cas par cas. Il est évident que la véritable raison derrière l'état actuel du droit conventionnel n'est pas de nature juridique, mais plutôt liée à des considérations de politique judiciaire visant à rassurer les compagnies d'assurances et les secteurs industriels. À cet égard, le choix préalable d'une ou plusieurs personnes est aussi la condition nécessaire de la canalisation de responsabilité qui sera examinée plus loin dans la présente recherche[1581].

Le rôle complémentaire de l'État. Dans l'état actuel du droit positif, l'État n'a qu'un rôle bien limité pour l'activité des personnes agissant sous sa juridiction. Dans les faits, les juridictions internationales préfèrent justifier cette responsabilité par la violation des obligations de prévention plutôt qu'en tant que responsabilité pour risque. Néanmoins, le droit positif permet toujours l'engagement étatique sur trois bases. Bien entendu, le cas exceptionnel de la responsabilité absolue étatique prévue dans la convention spatiale est la forme la plus aboutie, mais elle n'a que peu de chance de se reproduire dans d'autres domaines. En outre, l'État peut aussi voir sa responsabilité engagée du fait de la non-application des obligations conventionnelles (notamment l'obligation de se munir des assurances pour les exploitants) et par le financement complémentaire dans le cas de l'insuffisance des fonds de réparation.

[1581] Voy. *infra* (Section 2 - §1)

Section 2 La méthode de l'attribution

Dans cette section, la question principale est la manière, le *comment* de l'attribution. Plus exactement, on va se demander si l'attribution devra être faite de manière dérogatoire au droit commun. En général, les dérogations à la responsabilité objective cherchent à protéger les victimes. Il en est ainsi pour la facilité de l'attribution en cas de causes multiples (§2) et le critère de rattachement (§3). Toutefois, elles peuvent aussi chercher une certaine forme de sécurité juridique, à la fois pour d'autres acteurs impliqués et pour les assurances. C'est le cas de la canalisation (§1).

§1 La canalisation

Pour examiner la canalisation, il faut d'abord connaître le concept sous ses différentes facettes. Les critiques aux principes se font jour dès cette première phase (A.). Afin de comprendre la portée de ce principe et le bien-fondé des critiques, il faut aussi examiner la position des droits conventionnels (B.) et la CDI (C.) à son égard. Une fois établis les dangers inhérents à ce principe, il convient aussi d'examiner les déviations au principe dans certains droits internes (D.).

A. La présentation du concept et ses critiques

La canalisation économique et juridique. La canalisation est une forme d'attribution *a priori* qui rattache le dommage à une ou plusieurs personnes responsables. Dans sa forme la plus avancée, elle exclut expressément la responsabilité de toute une série d'autres personnes impliquées dans l'activité dangereuse. La première chose à retenir est la différence entre les deux formes de canalisation. Il s'agit de la canalisation économique ou juridique. La canalisation économique est une forme de canalisation qui n'interdit pas de poursuivre juridiquement d'autres personnes que celle principalement désignée (en principe l'exploitant). En revanche, même si ces personnes sont condamnées, les conséquences économiques de la réparation sont canalisées sur la seule personne préalablement désignée. Cette personne devra indemniser toute personne ayant été condamnée, par exemple les fournisseurs. La canalisation juridique implique, au contraire, l'impossibilité de poursuivre une autre personne que celle

principalement désignée[1582]. Un exemple parlant de cette distinction peut être trouvé dans le droit nucléaire. En effet, dans ce domaine, le droit américain est un exemple isolé, mais important de la canalisation économique[1583]. Au contraire, les régimes conventionnels, à la fois de l'OCDE et de l'AIEA, ont prescrit la canalisation juridique.

Une règle à déconseiller. Dans les parties précédentes, nous avons déjà souligné l'importance de la canalisation dans certains régimes de la responsabilité objective. Nous avons vu qu'elle cherche avant tout une certaine sécurité juridique qui bénéficie aux opérateurs et non pas forcément aux victimes. La question peut se poser de l'intérêt de la généralisation de cette règle. Dans l'examen des régimes conventionnels, nous avons déjà critiqué cette règle et avons statué en faveur d'un rapprochement avec la responsabilité classique qui ne reconnaît pas la canalisation. Peu importe le nombre de personnes impliquées dans la création du dommage, elles devront toutes être responsables à la hauteur de leur part dans le fait dommageable. Dans le présent paragraphe, l'objectif est d'approfondir cette critique au regard d'une échelle plus large de droits conventionnels et de la CDI.

Il faut aussi savoir qu'en principe, la canalisation ne permet aucune action contre les autres personnes impliquées dans la création du dommage. Il est important de savoir que cette interdiction ne se limite pas à la seule responsabilité objective et pourrait restreindre le droit d'action, même en cas de négligence des autres parties concernées (sauf en cas de faute intentionnelle[1584]). De ce fait, pour importante qu'elle soit afin de convaincre les assurances et le secteur industriel, elle pose un vrai problème de fond à la fois sur le plan de la technique juridique et pour le droit des victimes.

Ce principe a déjà été condamné dans la doctrine, par exemple en matière nucléaire. Cette doctrine propose de le supprimer[1585] et donne comme exemple le droit interne autrichien. Ce dernier s'est prononcé à la fois contre le plafonnement et la canalisation de la responsabilité[1586].

[1582] Hariharan (A.), « India's Nuclear Civil Liability Bill and Supplier's Liability: One Step towards Modernizing the Outdated International Nuclear Liability Regime », *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev*., vol. 36, n°1, Fall 2011, pp. 226-227. L'auteur y explique qu'en droit nucléaire la canalisation juridique est un résultat du Rapport d'Harvard de 1959. Ce dernier avait argumenté en faveur du transfert de responsabilité à l'exploitant. Le rapport ne nie pas que certains services et biens utilisés dans une centrale nucléaire sont fournis par les sous-traitants, fournisseurs et constructeurs. Cependant, il insiste qu'au moment de l'accident, ces services et biens sont soumis au contrôle du seul exploitant.
Voy. Harvard law sch. & atomic indus. forum, international problems of financial protection against nuclear risk (1959).

[1583] Voy. The Atomic Energy Act of 1954, as amended, Section 170. Voy. aussi « Progress towards a Global Nuclear Liability Regime », *Nuclear Law Bulletin*, 93, 2014, pp. 9-24.

[1584] Voy. par exemple l'article 6 (f) de la Convention de Paris.

[1585] Knetsch (J.), « La responsabilité civile nucléaire en Europe : Union ou confusion ? », *op. cit.*, pp. 38-41.

[1586] *Ibid.*, p. 33.

Une exception nécessaire. La seule exception à ces critiques est l'exclusion de la responsabilité des personnes impliquées dans les opérations de prévention, de sauvetage et de sauvegarde[1587]. Autant l'exclusion des armateurs et affréteurs s'est révélée dangereuse dans les faits[1588], autant la protection des personnes impliquées dans la réduction du risque est essentielle. Cette mesure permet aux différentes personnes, publiques comme privées, de s'engager dans des opérations parfois dangereuses, sans mettre en jeu leur responsabilité civile[1589].

B. L'acceptation dans les droits conventionnels

Loin d'être un principe accepté de manière unanime ou uniforme, la canalisation est retenue dans certains régimes seulement et sous différentes formes. Il s'agit des régimes l'ayant retenue explicitement (1.), les régimes silencieux (2.) et ceux l'ayant exclue (3.)

1. L'acceptation explicite

Le régime spatial. Même si la responsabilité absolue étatique n'est pas présentée sous forme de canalisation, en ayant retenu la responsabilité du seul État, la Convention a *de facto* canalisé la responsabilité sur ce dernier. Il s'agit d'une forme à la fois très poussée et tout à fait exceptionnelle de canalisation.

La CLC. À la fois la CLC et la SNPD prévoient la canalisation de la responsabilité. Au départ, la canalisation n'était pas expressément prévue par la CLC. La Convention se contentait de prévoir la responsabilité du propriétaire de navire sans pour autant exclure la responsabilité d'autres personnes[1590]. C'est la Convention de 1992 qui a prévu expressément l'exclusion de la responsabilité pour les principales personnes impliquées dans le transport, notamment les affréteurs et les armateurs[1591]. Il existe pourtant une exception à la canalisation qui peut se révéler d'une importance primordiale pour les victimes :

> « … à moins que le dommage ne résulte de leur fait ou de leur omission personnelle, commis avec l'intention de provoquer un tel dommage, ou commis témérairement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement. »[1592]

[1587] Voy. par exemple la CLC de 1992, article 3§4-d) - e).
[1588] Voy. *supra* Chapitre 6, le régime de pollution du fait des hydrocarbures, l'accident *Erika*.
[1589] Voy. dans ce sens Wu (C.), « Liability and Compensation for Bunker Pollution », *Journal of Maritime Law and Commerce,* vol. 33, n° 4, octobre 2002, p. 560.
[1590] Les seules exceptions prévues étaient les préposés et mandataires du propriétaire. Voy. l'article III, §§ 1 et 4.
[1591] Voy. l'article III§4.
[1592] *Ibid.*

Il faut donc une faute intentionnelle ou au moins consciente pour pouvoir échapper à la canalisation. Or, comme souvent avec l'élément psychologique, l'intention et la conscience d'un dommage éventuel peuvent se révéler très difficiles à prouver.

La Convention est aussi sans préjudice de tout droit de recours pour la personne responsable contre les tiers. Autrement dit, une fois avoir réparé les victimes, cette personne pourra se retourner contre d'autres personnes impliquées dans la création du dommage si le droit du tribunal compétent le permet[1593].

Dans le Titre précédent, nous avons vu que la canalisation figurait parmi les principales raisons pour lesquelles les États-Unis n'ont pas voulu adhérer au régime conventionnel. Nous avons aussi vu la méfiance de certains États européens, notamment après l'accident *Erika* qui a mis en exergue les limites de cette solution conventionnelle[1594].

D'autres régimes de l'OMI. Parmi les régimes adoptés sous les auspices de l'OMI, la SNPD a aussi retenu la canalisation, essentiellement de la même manière que la CLC[1595]. En revanche, la Convention sur les hydrocarbures de soute n'a pas repris cette solution[1596]. La position de cette dernière Convention a probablement été inspirée par les problèmes causés par la canalisation et les critiques étatiques[1597]. En outre, cette particularité pourrait être aussi le résultat d'une différence fondamentale entre le régime de CLC et celui de la Convention sur les hydrocarbures de soute. Au contraire de la première, la deuxième ne dispose pas de Fonds complémentaire, destiné à compléter la responsabilité du propriétaire. En effet, même si la CLC exclut la responsabilité des personnes protégées, le Fonds complémentaire peut toujours compléter la responsabilité du propriétaire. Or, en l'absence d'un tel Fonds, la canalisation serait doublement pénalisante pour les victimes dans la Convention sur les hydrocarbures de soute[1598].

Les difficultés en absence de canalisation. Il faut aussi savoir que selon la Convention sur les hydrocarbures de soute, une responsabilité conjointe et solidaire est prévue si plus d'une personne est tenue responsable en vertu de l'article 3§1[1599]. La doctrine a remarqué les difficultés qui pourraient en résulter[1600]. La difficulté principale serait de définir la part exacte

---

[1593] Article III § 5 de la CLC.
[1594] Voy. *supra* Chapitre 6, régime de la pollution pour les hydrocarbures.
[1595] Voy. l'article 7, §§ 5-6 de la SNPD.
[1596] Voy. l'article 3 de la Convention qui prévoit la responsabilité du propriétaire sans pour autant exclure celle des autres personnes impliquées.
[1597] Wu (C.), « Liability and Compensation for Bunker Pollution », *op. cit.*, pp. 558-559.
[1598] Cette différence a été remarquée par Wu, voy. *ibid.*
[1599] Article 3 § 2.
[1600] Wu (C.), « Liability and Compensation for Bunker Pollution », *op. cit.*, pp. 558-559.

de chaque partie et leur garantie financière. En outre, ce choix pourrait influencer le principe du plafonnement. Par exemple, si l'une des personnes responsables était fautive, la question se poserait du maintien des limites de responsabilité pour d'autres personnes responsables. La Convention n'a pas apporté de réponse claire à l'ensemble de ces questions.

Les régimes nucléaires. Les deux principaux régimes nucléaires ont prévu la canalisation avec des formules très similaires. Les deux Conventions prévoient que le droit à réparation ne peut être exercé que contre l'exploitant responsable[1601]. Bien sûr, cette action peut aussi être intentée contre l'assureur ou toute personne ayant accordé une garantie financière à l'exploitant, si la législation du tribunal compétent le prévoit[1602]. Les deux Conventions ont aussi prévu que cette règle est sans effet sur toute convention internationale de transport qui était en vigueur ou ouverte à la signature avant l'ouverture à la signature de la Convention[1603].

Les régimes nucléaires ont aussi réduit considérablement la portée du droit de recours secondaire de l'exploitant. La Convention de Vienne ne mentionne même pas ce droit. La Convention de Paris a prévu un droit de recours, mais qui est d'une portée très restrictive :

> « f) L'exploitant n'a un droit de recours que :
> i) si le dommage nucléaire résulte d'un acte ou d'une omission procédant de l'intention de causer un dommage nucléaire, contre la personne physique auteur de l'acte ou de l'omission intentionnelle ;
> ii) si et dans la mesure où le recours est prévu expressément par contrat. »[1604]

On voit bien que ce droit de recours ne s'applique même pas en présence d'une simple négligence. Il faut soit une faute personnelle et intentionnelle, soit une stipulation contractuelle.

[1601] Il existe une différence mineure entre les deux Conventions dans la manière dont la canalisation a été présentée. L'article 6-a) de la Convention de Paris 2004 se lit comme suit :
« Le droit à réparation pour un dommage nucléaire causé par un accident nucléaire ne peut être exercé que contre un exploitant responsable de ce dommage nucléaire conformément à la présente Convention ; il peut également être exercé contre l'assureur ou contre toute autre personne ayant accordé une garantie financière à l'exploitant conformément à l'article 10, si un droit d'action directe contre l'assureur ou toute personne ayant accordé une garantie financière est prévu par le droit national. »
L'article II§5 de la Convention de Vienne se lit comme suit :
« 5. Sauf disposition contraire de la présente Convention, aucune personne autre que l'exploitant n'est responsable d'un dommage nucléaire. Toutefois, la présente disposition est sans effet sur l'application de toute convention internationale de transport qui était en vigueur ou ouverte à la signature, la ratification ou l'adhésion à la date à laquelle la présente Convention a été ouverte à la signature. »

[1602] L'article 6-a) de la Convention de Paris et l'article II§7 de la Convention de Vienne.
Selon l'Exposé des motifs de la Convention de Paris, cette action peut être intentée à la fois de manière alternative et cumulative à l'action contre l'exploitant. Voy. l'Exposé des motifs, p. 23,§53.

[1603] L'article 6-b) de la Convention de Paris et l'article II§5 de la Convention de Vienne. Voy. aussi l'Exposé des motifs de la Convention de Paris, p.22, §48.

[1604] Article 6-f) de la Convention de Paris.

La CRTD. La Convention a prévu expressément une liste assez longue des personnes protégées du fait de la canalisation[1605]. Ces personnes sont à la fois celles impliquées dans l'activité dangereuse et celles impliquées dans l'opération de sauvetage. Néanmoins la Convention a repris l'exception de la CLC quant à la canalisation. Par conséquent, les personnes protégées ne perdent leur privilège qu'en cas de faute intentionnelle ou « commis[e] témérairement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement »[1606]. En outre, la Convention est sans préjudice du droit de recours du transporteur contre l'expéditeur, le destinataire ou tout autre tiers[1607]. Par conséquent, une fois qu'il a réparé les victimes, le transporteur peut très bien se retourner contre d'autres personnes qui auraient eu un rôle dans la création du dommage.

2. Les régimes silencieux

Les régimes aériens. En tant que Convention la plus ancienne parmi celles étudiées, la Convention de Rome de 1952 n'avait pas prévu le principe de canalisation. Elle s'était contentée de prévoir la responsabilité de l'exploitant sans pour autant exclure, du moins pas expressément, la responsabilité de toute autre personne[1608]. La Convention a aussi prévu qu'elle était sans préjudice de tout droit d'action de la personne responsable contre toute autre personne[1609]. Même si l'absence de canalisation (au moins expresse) dans la Convention de Rome pouvait être liée à son ancienneté, il est intéressant de remarquer que la Convention de Montréal de 1999 n'a pas prévu cette règle non plus. Cette Convention s'est aussi contentée de prévoir la responsabilité du transporteur sans pour autant exclure, au moins expressément, la responsabilité de toute autre personne[1610]. Les deux Conventions ont aussi précisé que leurs

---

[1605] L'article 5 § 7 de la Convention se lit comme suit :
« 7. Sous réserve du paragraphe 9 du présent article et des articles 6 et 7, aucune demande en réparation de dommage, qu'elle soit ou non fondée sur la présente Convention, ne peut être introduite contre :
a) les préposés ou mandataires du transporteur ou les membres de l'équipage ;
b) le pilote du bateau ou toute autre personne qui, sans être membre de l'équipage, s'acquitte de services pour le véhicule ;
c) le propriétaire, le locataire, l'affréteur, l'utilisateur, l'exploitant, l'armateur ou l'armateur gérant du véhicule à condition qu'il ne soit pas le transporteur ;
d) toute personne accomplissant des opérations de sauvetage avec l'accord du propriétaire du bateau ;
e) toute personne accomplissant des opérations de sauvetage sur les instructions d'une autorité publique compétente ;
f) toute personne autre que le transporteur qui prend des mesures de sauvegarde pour les dommages causés par de telles mesures ;
g) tous préposés ou mandataires des personnes mentionnées aux alinéas b), c), d), e) et f), »
[1606] Article 5 § 7.
[1607] Article 5 § 9.
[1608] L'article 2 de la Convention de Rome.
[1609] Article 10.
[1610] L'article 17 § 1 de la Convention de Montréal.

dispositions étaient sans préjudice d'une action éventuelle de la personne responsable envers toute autre personne[1611].

La responsabilité en Antarctique. *Grosso modo*, il en va de même pour le régime de l'Antarctique qui a prévu la responsabilité de l'opérateur. En revanche, même si l'Annexe VI n'a pas prévu une règle de canalisation de manière expresse, sa disposition clé sur l'exercice du droit de recours pourrait être comprise comme l'exclusion de toute autre personne :

> « 1. Seule une Partie qui, en vertu du paragraphe 2 de l'article 5, a pris des actions en cas d'urgence peut, en vertu du paragraphe 1 de l'article 6, intenter un recours en indemnisation contre un opérateur non étatique et ce recours peut être porté devant les tribunaux d'une seule Partie où l'opérateur s'est constitué en société ou a ses principaux bureaux ou son lieu habituel de résidence. »[1612]

On voit bien que le seul cas de recours prévu par la Convention est celui exercé par la Partie ayant pris des mesures et contre l'opérateur.

La Convention de Lugano. Il en va de même pour la Convention de Lugano. Ayant attribué la responsabilité à l'exploitant, elle n'a pas exclu, au moins pas expressément, la responsabilité de toute autre personne[1613]. Cependant, comme pour les autres conventions, la simple désignation d'une seule personne *a priori* pourrait être un obstacle à intenter un recours contre toute autre personne. Néanmoins, la Convention n'empêche pas le droit de recours de l'exploitant :

> « Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux droits de recours de l'exploitant contre toute tierce personne. »[1614]

Même si la Convention a prévu la responsabilité première de l'exploitant, elle n'a pas empêché une action secondaire de ce dernier contre toute autre personne. Dès lors, si le droit interne en question le permet, l'exploitant devrait pouvoir se tourner contre d'autres entités impliquées dans l'activité dangereuse, mais qui n'ont pas été retenues comme responsables dans leur relation avec la victime[1615].

[1611] L'article 10 de la Convention de Rome et l'article 37 de la Convention de Montréal.
[1612] L'article 7 § 1 de l'Annexe VI au Protocole de Madrid.
[1613] L'article 6 § 1 de la Convention de Lugano.
[1614] Article 7 § 4.
[1615] Voy. aussi *Dixième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/459, 1994, extrait de l'*ACDI.*, pp. 147-148, notamment §54.

3. Les textes ayant exclu la canalisation

Le Protocole de Bâle. Au contraire d'autres textes qui ne mentionnent pas la canalisation expressément, le Protocole de Bâle semble l'avoir exclu *de facto*. Après avoir désigné les personnes responsables[1616], le Protocole a prévu ce qui suit :

> « Responsabilité pour faute
> Sans préjudice de l'article 4, est responsable des dommages toute personne dont le non-respect des dispositions de la Convention, la préméditation, l'imprudence, la négligence ou les omissions délictueuses sont à l'origine desdits dommages ou y ont contribué. Le présent article n'a aucun effet sur les législations nationales des Parties contractantes régissant la responsabilité des préposés et agents. »[1617]

La difficulté principale avec la canalisation est d'empêcher la responsabilité d'autres personnes impliquées, par leur négligence, dans la création du dommage. En ayant exclu toute protection pour ces personnes, cet article réduit considérablement les risques liés à la canalisation. Cependant, il ne porte pas atteinte aux législations nationales qui voudraient protéger les préposés et agents. En tant que simples exécutants, ces personnes sont souvent parmi celles protégées dans les différents régimes de responsabilité objective.

Le Protocole de Kiev. Ce texte a reproduit, dans la substance, la même règle que le Protocole de Bâle. La seule différence est que l'exception possible quant aux préposés et agents n'y est pas mentionnée[1618]. En outre, les deux Conventions ne portent pas atteinte au droit de recours de la personne responsable envers toute autre personne. Ce droit de recours peut être prévu soit par les arrangements contractuels, soit par le droit du tribunal compétent[1619].

Au regard des divergences sur le principe de canalisation, la CDI n'a même pas fait mention de ce principe dans ses Principes finalement adoptés. La signification de ce silence est pourtant ouverte à l'interprétation.

C. La position de la CDI

Les deux premiers rapporteurs. Le premier rapporteur spécial n'avait pas évoqué le sujet dans ses rapports. Le deuxième y avait consacré un petit passage dans son dixième rapport[1620]. À cette occasion, il avait rappelé l'acceptation du principe de canalisation dans certains régimes conventionnels. Il a aussi assimilé les régimes qui ont « canalisé » la responsabilité à ceux qui l'ont « assigné » à une personne préétablie. Selon lui, dans l'un et l'autre, les victimes ne

---

[1616] L'article 4 du Protocole de Bâle.
[1617] Article 5.
[1618] Article 5 Protocole de Kiev.
[1619] L'article 8 du Protocole de Bâle et l'article 7 du Protocole de Kiev.
[1620] *Dixième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), *op. cit.*, pp. 147-148.

peuvent agir que contre la personne choisie en avance. « Normalement », cette personne aura ensuite le droit de se retourner contre toute personne envers laquelle il possède un recours légal[1621]. Barboza avait suivi la même méthode en proposant deux recours distincts. Dans le premier, la responsabilité revient à l'exploitant. Ensuite, si le droit du tribunal compétent le permet, l'exploitant pourra se retourner contre toute tierce personne[1622].

Le silence des Principes de 2006. Il est intéressant à noter que ni les Principes ni les Commentaires de 2006 ne font mention du principe de canalisation. Il en va de même pour les rapports du dernier rapporteur spécial. Ce silence pourrait être présenté comme un indice contre l'élargissement du principe. Rien n'est moins certain.

Nous avons déjà vu que les Principes proposaient la responsabilité de l'exploitant sans pour autant l'imposer[1623]. De ce fait, le simple fait d'assigner la responsabilité à une personne préétablie pourrait conduire le tribunal compétent à ne pas retenir la responsabilité de toute autre personne. Encore une fois, et sauf interdiction conventionnelle, cette personne assignée devrait normalement pouvoir agir contre toute tierce personne dans un deuxième temps. Tout compte fait, on voit bien que la CDI n'a pas voulu trancher définitivement sur une question qui divise.

Même si rien ne permet de ranger la CDI du côté des opposants à la canalisation, certains droits internes ont effectivement échappé à cette règle. L'examen de ces droits est essentiel tant qu'ils constituent un mouvement concret du droit positif contre le principe. Nous avons déjà vu l'exemple du droit américain qui a dérogé au principe en matière de pollution par les hydrocarbures. Il existe d'autres exemples, notamment dans le domaine nucléaire.

D. La déviation au principe dans les législations nucléaires

L'exemple indien. L'un des exemples les plus débattus dans la doctrine est la législation indienne sur la responsabilité nucléaire. Avant toute chose il faut savoir que l'Inde n'est pas partie à la Convention de Vienne sur la responsabilité civile, mais elle est partie à la Convention sur la réparation complémentaire de 1997[1624]. La loi en question, *The Civil Liability for Nuclear Damage Act* (la CLNDA) prévoit une possibilité d'action contre les fournisseurs ou ses employés. Le dispositif pertinent de cette loi se lit comme suit :

> *« 17. Operator's right of recourse.*

[1621] Pour les exceptions à cette règle voy. *ibid.* p. 147.
[1622] §§55-57
[1623] Voy. *supra* Section 1, §1 le Choix de la personne responsable.
[1624] Elle a signé la Convention le 27 octobre 2010. La Convention est entrée en vigueur pour cet État le 4 mai 2016.

- The operator of the nuclear installation, after paying the compensation for nuclear damage in accordance with section 6, shall have a right of recourse where -
(b) the nuclear incident has resulted as a consequence of an act of supplier or his employee, which includes supply of equipment or material with patent or latent defects or substandard services; »[1625]

La clause en question prévoit un droit de recours secondaire au profit de l'exploitant. Autrement dit, dans un premier temps, il est le seul à devoir répondre aux victimes. Cependant, dans un deuxième temps, il aura le droit de se retourner contre les fournisseurs. L'importance de cette clause réside dans le pouvoir économique des fournisseurs qui est souvent bien plus important que celui de l'exploitant lui-même[1626]. En effet, il s'agit souvent de grandes entreprises basées dans les États développés. Actuellement, l'ensemble des exploitants nucléaires indiens sont des entreprises détenues par l'État[1627].

En réponse à l'adoption de cette loi en 2010, la vente des réacteurs a été suspendue notamment du côté des fournisseurs américains. La clause a aussi mis à mal la coopération nucléaire de l'Inde avec les fournisseurs français et russes qui craignaient l'engagement de leur responsabilité[1628]. En outre, cette clause a été interprétée comme étant contraire à l'article 10 de l'Annexe de la Convention de 1997 sur l'indemnisation complémentaire[1629]. En effet, l'article en question ne permet un droit de recours que dans deux cas de figure à savoir la faute intentionnelle ou un contrat l'ayant prévu expressément[1630]. Malgré les difficultés causées par cette clause, elle s'est imposée notamment en conséquence de l'accident Bhopal[1631]. Nous avons déjà examiné cet accident et la réparation très insuffisante des victimes qui ont donné suite à de vives contestations[1632]. Sous l'influence de cet accident, le sentiment général au sein de *Lok Sabha* (la chambre basse indienne) était contre la canalisation. En effet, ce principe était

---

[1625] La Section 17(b) de l'*Act*.
[1626] Voy. Hariharan (A.), « India's Nuclear Civil Liability Bill and Supplier's Liability: One Step towards Modernizing the Outdated International Nuclear Liability Regime. », *op. cit.*, pp. 227-228.
[1627] Voy. la présentation d'Abraham (M.), Nuclear Liability : A Key Component of the Public Policy Decision to Deploy Nuclear Energy in Southeast Asia, disponible à: https://www.amacad.org/publication/nuclear-liability-key-component-public-policy-decision-deploy-nuclear-energy-southeast/section/4
[1628] Mahith (V. G.), « India's Nuclear Civil Liability Act: A Paradigm Shift from International Nuclear Civil Liability Regime », *International Journal of Law Management & Humanities*, vol. 4, n° 3, 2021, p. 3089.
[1629] Cet article reprend d'ailleurs, mot pour mot, les deux possibilités prévues par la Convention de Vienne de 1997. La seule différence réside dans la première partie de la Convention complémentaire selon laquelle « La législation nationale *peut* prévoir… » (italiques ajoutés). Cela étant, alors que les exceptions de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile devraient s'appliquer systématiquement, la Convention sur la réparation complémentaire prévoit une simple *possibilité* de prévoir de telles exceptions.
[1630] *Ibid*., pp. 3089-3090.
[1631] *Ibid*., pp. 3090-3091.
[1632] Voy. *supra* Chapitre 3.

conçu comme privilégiant les entreprises étrangères et contre l'intérêt des victimes indiennes[1633].

D'autres droits internes contre la canalisation. En matière nucléaire, l'Inde n'a pas été le seul État à avoir prévu une dérogation à la canalisation. Il en va de même pour l'Autriche dont la législation interne permet une action directe contre les fournisseurs ainsi que les sous-traitants nucléaires[1634]. Cette législation va même plus loin, car elle déroge aussi au plafonnement de la responsabilité[1635]. Le droit chilien quant à lui ne défie pas directement le régime international en rejetant d'emblée le principe de canalisation. En revanche, il prévoit une définition plus large de l'exploitant qui inclut le transport des matières nucléaires. Il s'agit donc d'un remède seulement partiel quant aux risques posés par la canalisation aux victimes[1636].

L'exemple allemand. Aujourd'hui, l'Allemagne ne figure plus parmi les États qui ont dévié de la canalisation. L'examen du droit allemand est pourtant important pour sa résistance historique à la canalisation. L'Allemagne avait contesté le principe de canalisation dès le départ[1637]. C'est aussi dans ce pays que le principe a rencontré les plus vives réactions[1638]. Dans sa première version, l'*Atomgesetz* de 1959 avait choisi la canalisation économique[1639]. Selon cette loi, l'exploitant était tenu d'inclure d'autres personnes potentiellement responsables dans ses contrats d'assurance[1640]. Dans les quinze années qui ont suivi, il y a eu d'importantes discussions sur un passage éventuel à la canalisation juridique. Finalement, l'Allemagne a décidé de se ranger du côté des régimes conventionnels en prévoyant la canalisation juridique. Deux raisons ont justifié ce choix. Premièrement, la canalisation juridique permet d'éviter les demandes reconventionnelles afin de désigner la personne responsable. Deuxièmement, elle permet la concentration des capacités d'assurance en évitant une démultiplication des garanties financières[1641].

La canalisation économique aux États-Unis. Au contraire de l'Allemagne, les États-Unis maintiennent toujours la canalisation économique en matière nucléaire. Son principe,

---

[1633] Voy. une analyse des différentes étapes législatives qui ont mené à l'adoption de la l'*Act* de 2010 dans Hariharan (A.), « India's Nuclear Civil Liability Bill and Supplier's Liability: One Step towards Modernizing the Outdated International Nuclear Liability Regime », *op. cit.*, pp. 245-252.
[1634] *Ibid.*, p. 239.
[1635] *Ibid*.
[1636] Law No. 18302, Abril 16, 1984, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Chile). cité in *Ibid*., p. 241.
[1637] Knetsch (J.), « La responsabilité civile nucléaire en Europe : Union ou confusion ? », *op. cit.*, p. 38.
[1638] *Ibid*.
[1639] *Atomgesetz, Bundesgesetzblatt* I, section 33.
[1640] *Ibid.*, section 15.
[1641] Ces raisons sont rapportées par Raetzke (C.), « Nuclear Third Party Liability in Germany », *Nuclear L. Bull*., 97, 2016, p. 15.

initialement prévu dans *Price Anderson Act*, permet de poursuivre les fournisseurs pour leur rôle dans la création du dommage. En revanche, les conséquences économiques seront toujours redirigées vers l'exploitant ou plus exactement les garanties financières de ce dernier[1642].
Au-delà de la canalisation, la méthode de l'attribution en responsabilité objective est aussi déterminée pour permettre une certaine facilité dans l'établissement de responsabilité en cas de causes multiples.

§2 Une attribution facilitée en cas de causes multiples

Un autre exemple de la « spécificité » du régime objectif. Il a déjà été souligné que les régimes de responsabilité objective cherchent à faciliter la réparation des victimes. Au-delà de la suppression de la charge de la preuve, ils permettent souvent une réparation facilitée en cas de causes multiples. Cette facilité vient de l'acceptation de la responsabilité solidaire dans certains cas. Alors que dans la responsabilité classique le principe est la responsabilité conjointe (A.), la majorité de régimes objectifs se penche vers la responsabilité solidaire (B.). En responsabilité objective, la CDI n'a pas statué définitivement sur le sujet (C.).

A. La solution de la responsabilité classique

Une responsabilité en principe conjointe. La question est celle de savoir si chaque partie est responsable uniquement pour sa part du dommage causé (la responsabilité proportionnelle) ou, au contraire, si chacune d'entre elles est responsable pour la totalité du dommage (la responsabilité solidaire)[1643]. En droit de la responsabilité classique, il n'existe pas de principe général de responsabilité solidaire[1644]. Certains dans la doctrine ont affirmé l'intérêt de la reconnaissance d'une telle responsabilité, mais ils reconnaissent aussitôt l'absence de la pratique suffisante en faveur d'un tel principe[1645]. En l'état, le principe d'une responsabilité seulement conjointe est reconnu par la CDI dans les Articles de 2001 :

> « L'article 47 concerne la situation ou il y a plusieurs États responsables du même fait internationalement illicite. Il énonce le principe général selon lequel, en pareil cas, chaque État est séparément responsable du comportement qui lui est attribuable, cette responsabilité n'étant

[1642] Voy. Abraham (M.), *Nuclear Liability: A Key Component of the Public Policy Decision to Deploy Nuclear Energy in Southeast Asia*, *op. cit.*, pp. 4-8.
[1643] En principe, l'entité ayant assumé cette responsabilité solidaire, dispose d'une action récursoire contre les autres personnes responsables. Cela étant, la responsabilité solidaire n'est souvent qu'une facilité procédurale dans l'intérêt de la victime.
[1644] Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 1109. Voy. aussi Crawford (J.), Pellet (A.), Olleson (S.) (ed.), *The Law of International Responsibility*, *op. cit.*, pp. 281-283.
[1645] Voy. Bronwlie (I.), *Principles of public international law*, 7e éd., OUP, 2008, pp. 457-458.

> pas diminuée ou réduite par le fait qu'un ou plusieurs autres États en portent également la responsabilité »[1646]

Ce principe serait aussi confirmé, indirectement par la CIJ dans son arrêt du 9 février 2022[1647]. Par conséquent, chaque partie au litige ne doit en principe assumer que sa part dans la création du dommage. Cela n'empêche que les sujets de droit en question peuvent très bien décider de prévoir une responsabilité solidaire, de manière volontaire. Un tel accord peut être fait soit, *a priori*, dans le cadre d'un accord international, soit *a posteriori*, après la survenance du dommage[1648].

Or, ce principe général, à lui seul, ne permet pas de résoudre tous les problèmes. Une difficulté additionnelle surgit quand le fait illicite en question n'est pas clairement divisible. Si la part de chacun est proportionnelle à sa participation à l'illicite, comment départager les responsabilités à défaut de pouvoir départager la participation à l'illicite ? Même si, dans le doute, l'attribution d'une somme globale est toujours possible[1649], cette solution ne règle pas le problème quant au partage des responsabilités entre les différents acteurs concernés. En dernier ressort, il est difficile d'envisager une solution autre que le partage équitable entre les personnes responsables.

Au contraire de la responsabilité classique, les régimes de la responsabilité objective présentent des indices positifs quant à une admission généralisée de la responsabilité solidaire.

B. La solution des régimes de la responsabilité objective

Les régimes de la responsabilité solidaire. En responsabilité objective, certains droits conventionnels reconnaissent la possibilité d'une responsabilité solidaire. Ce droit étant tourné vers la protection des victimes, la question se pose de l'élargissement de cette règle à toutes les activités couvertes par la responsabilité objective.

Les régimes nucléaires. Les régimes de Paris et de Vienne ont tous les deux retenu la responsabilité solidaire. Cette responsabilité est engagée si deux ou plusieurs exploitants sont à l'origine du dommage. Or, il existe une différence majeure dans le contenu de cette règle. La Convention de Vienne prévoit un principe de responsabilité solidaire, à moins qu'il ne soit

---

[1646] Les commentaires à l'article 47, p. 337, § 1. L'article 47, portant sur la pluralité d'États, n'exprime pourtant pas ce principe dans son texte. Il faut se référer aux commentaires pour trouver la solution de la CDI.

[1647] Il s'agit de l'interprétation des rédacteurs dans Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 1109.

[1648] Pour les exemples d'un tel accord voy. Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 1109.

[1649] Voy. Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, *op. cit*., pp. 1106-1109 notamment les références à l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *RDC c. Ouganda (réparation)* du 9 février 2022.

possible de déterminer la part de chacun d'eux[1650]. La Convention de Paris, au contraire, ne prévoit pas la possibilité de déroger à cette responsabilité solidaire. La Convention a tout simplement prévu la responsabilité solidaire dans le cas de pluralité des exploitants[1651].

Les deux Conventions comportent aussi une clause sur les causes multiples qui mérite d'être soulignée. La Convention de Paris prévoit que si le dommage nucléaire est causé conjointement par un accident nucléaire et un accident non nucléaire, le dommage sera considéré comme un dommage résultant de l'accident nucléaire. La seule condition est qu'on ne puisse séparer les dommages en question[1652]. Dans une disposition similaire, la Convention de Vienne prévoit une disposition favorable aux victimes. Si un accident nucléaire, seul ou avec un événement non nucléaire, cause à la fois un dommage nucléaire et un dommage non nucléaire, ce dernier est considéré comme un dommage nucléaire causé par un accident nucléaire. La condition est toujours l'impossibilité de séparer avec certitude les dommages nucléaires et non[1653]. Ces dispositions, même si elles ne concernent pas directement la responsabilité solidaire, facilitent la réparation des victimes en cas de causes multiples.

La responsabilité spatiale. Les articles IV et V de la Convention de 1972 prévoient des cas de responsabilité solidaire. L'article V concerne le lancement commun d'un objet spatial par deux ou plusieurs États. La Convention a prévu la responsabilité solidaire de ces États dans leurs relations avec la victime[1654]. Autrement dit, l'État victime peut se tourner contre n'importe lequel des États de lancement pour l'intégralité des dommages subis. L'État responsable pourra ensuite se tourner vers les autres pour réclamer leur part dans la responsabilité. La Convention ne précise pas comment la part de chacun sera déterminée, mais elle permet l'établissement d'un accord préalable pour définir la répartition de la charge financière[1655]. À défaut d'autres précisions, nous pensons que la répartition de cette charge pourra être faite selon la solution prévue dans l'article IV qu'on va désormais étudier.

L'article IV prévoit la responsabilité des États de lancement en cas de dommage causé à un État tiers. Si deux objets spatiaux causent des dommages à un État tiers, soit à la surface de la Terre ou à un aéronef en vol, soit ailleurs qu'à la surface de la Terre, les deux États sont solidairement

---

[1650] L'article II§3-a se lit comme suit :
« Lorsqu'un dommage nucléaire engage la responsabilité de plusieurs exploitants, ils en sont solidairement et cumulativement responsables, dans la mesure où il est impossible de déterminer avec certitude quelle est la part du dommage attribuable à chacun d'eux. »
[1651] L'article 5-d) de la Convention de Paris.
[1652] L'article 3-b) de la Convention de Paris.
[1653] L'article 4 § 4 de la Convention de Vienne.
[1654] Article V§ 1.
[1655] Article V§ 2.

responsables. Bien entendu, leur responsabilité sera absolue dans le premier cas et pour faute pour le deuxième[1656]. La Convention a aussi prévu le partage des charges entre les États responsables. S'ils étaient en faute, la part de chacun sera établie en fonction de sa faute. Sinon, et s'il n'était pas possible de déterminer dans quelle mesure chacun d'eux était en faute, la responsabilité sera répartie à l'égalité. À cet égard, nous pensons que le partage en fonction de la faute n'est pas limité au volet de la responsabilité pour faute, mais aussi à la responsabilité objective. Dans ce cas, la victime aura toujours droit à la réparation sans devoir prouver la faute. En outre, elle peut se retourner contre chacun des États pour l'intégralité des dommages subis[1657]. Par conséquent, l'objectif de la responsabilité objective est rempli. Parmi les auteurs du dommage, la question du partage des charges est une question secondaire qui pourra être soumise à l'établissement éventuel de leur faute. À défaut, la seule solution serait bien entendu le partage à l'égalité.

Le régime de la CLC. Comme les autres grands régimes de responsabilité, celui-ci a aussi reconnu la responsabilité solidaire. L'article en question se lit comme suit :

> « Lorsqu'un événement met en cause plus d'un navire et qu'un dommage par pollution en résulte, les propriétaires de tous les navires en cause sont, sous réserve des exemptions prévues à l'article III, conjointement et solidairement responsables pour la totalité du dommage qui n'est pas raisonnablement divisible. »[1658]

La logique est la même que dans les autres régimes déjà examinés. Si le dommage n'est pas divisible, alors il faut que les propriétaires responsables assument la responsabilité solidaire. En outre, il faut souligner que la Convention met l'accent sur un *dommage* divisible et non pas une *faute* divisible. Pour cette raison, au moins dans leurs relations avec la victime, les propriétaires responsables ne peuvent se baser que sur une participation limitée à la création du dommage. Cependant, si l'un des propriétaires a dû indemniser intégralement la victime, il devrait pouvoir se tourner contre les autres personnes responsables[1659]. Comme pour le régime spatial susmentionné, nous pensons que la question de faute devrait être déterminante dans un éventuel recours subrogatoire afin de déterminer la part de chacun. L'objectif de la protection des victimes ayant été atteint, la faute retrouve toute sa place dans les relations internes des propriétaires.

[1656] L'article IV§1 de la Convention de 1972.
[1657] *Ibid.*, article IV§2.
[1658] Article IV.
[1659] La Convention est silencieuse sur cette question. Cependant, il ne faut pas oublier que la responsabilité solidaire cherche à protéger les victimes. Une fois cet objectif atteint, rien ne devrait empêcher le partage des responsabilités dans les relations internes des personnes responsables.

Les autres régimes de l'OMI. Les Conventions de SNPD et la pollution pour les hydrocarbures de soute ont aussi prévu la responsabilité conjointe et solidaire pour les événements mettant en cause deux ou plusieurs navires. La seule condition est que le dommage ne soit pas raisonnablement divisible[1660].

Les régimes aériens. Il en va de même pour les deux conventions de référence en la matière, à savoir la Convention de Rome et la Convention de Montréal. La Convention de Rome a prévu la responsabilité solidaire dans deux cas de figure. Le premier concerne les cas où « la personne qui était l'exploitant au moment où le dommage est survenu n'avait pas le droit exclusif d'utiliser l'aéronef pour une période de plus de quatorze jours »[1661]. Dans ce cas, la personne qui a conféré ce droit d'utilisation est solidairement responsable avec l'exploitant. Le deuxième cas concerne les cas où une personne utilise l'aéronef sans le consentement de celui qui a légalement le droit de diriger sa navigation. Dans ce cas, la personne détentrice des droits de navigation est solidairement responsable avec l'exploitant de fait. Cependant, elle peut exclure cette responsabilité si elle prouve qu'elle a apporté les soins requis pour éviter cet usage[1662].

La Convention de Montréal sur le transport aérien a aussi prévu la responsabilité solidaire des transporteurs. Cette responsabilité s'applique quand le transport a été effectué par des transporteurs successifs. Concernant les bagages et les marchandises, le passager, l'expéditeur et le destinataire peuvent agir à la fois contre le premier transporteur et celui ayant effectué le transport au cours duquel le dommage s'est produit. Ces transporteurs seront solidairement responsables envers les ayants droit[1663].

La CRTD. La Convention prévoit trois cas de figure dans lesquels la responsabilité sera solidaire. Le plus important est peut-être celui de la pluralité des véhicules transportant les matières dangereuses. Il peut être déduit du texte de la Convention que la priorité est toujours à la responsabilité conjointe. Cependant, si le dommage n'est pas « raisonnablement divisible » la Convention prévoit la responsabilité solidaire des transporteurs[1664]. Le deuxième cas concerne le transport par rail. En cas d'exploitation de plusieurs personnes ou en cas de coexploitation, leur responsabilité sera solidaire[1665]. Le troisième cas concerne la responsabilité conjointe du transporteur et d'une autre personne. Si les opérations de chargement ou

---

[1660] L'article 8 § 1 de la Convention SNPD et l'article 5 de la Convention sur les hydrocarbures de soute.
[1661] L'article 3 de la Convention de Rome. Ce délai est calculé à partir du moment où le droit d'utiliser l'aéronef a pris naissance.
[1662] L'article 4 de la Convention de Rome. Voy. *supra* Chapitre 6, le régime aérien pour une critique de cette règle.
[1663] L'article 36 § 3 de la Convention de Montréal de 1999.
[1664] Article 8 § 1
[1665] Article 5 § 3 et l'article premier §8-b).

déchargement ont été effectuées sous la responsabilité conjointe du transporteur et d'une autre personne, ces personnes seront solidairement responsables des dommages causés[1666].

La Convention de Lugano. La Convention prévoit deux cas de responsabilité solidaire. Le premier est celui de pluralité des installations et le deuxième concerne les faits continus ou successifs. Dans les deux cas, la Convention prévoit en réalité une présomption de responsabilité solidaire. Dans le premier cas, si le dommage a été causé dans plusieurs installations où sont exercées des activités dangereuses, les exploitants sont en principe solidairement responsables. Cependant, si l'un d'entre eux prouve qu'une partie seulement du dommage a été causé par son installation, il ne sera responsable que proportionnellement à cette partie[1667]. Le deuxième cas concerne les faits continus ou successifs. Si le dommage a été causé par un événement consistant en un fait continu ou en une succession de faits, tous les exploitants ayant exercé le contrôle de l'activité dangereuse sont en principe tenus pour responsables. Cependant, il s'agit bien d'une présomption, car si un exploitant prouve qu'il n'a été qu'à l'origine d'une partie seulement du dommage, sa responsabilité se limitera à cette partie.

Les Protocoles de Kiev et de Bâle. Le Protocole de Kiev prévoit aussi la responsabilité solidaire en présence d'une multiplicité d'exploitants. Or, si l'un des exploitants prouve qu'il n'a causé qu'une partie des dommages, il ne sera responsable que de cette partie[1668]. Le Protocole de Bâle prévoit une règle similaire sauf qu'il ne s'agit pas cette fois d'une simple présomption. Selon le protocole, si deux ou plusieurs personnes sont responsables au titre de l'article 4 (qui désigne la personne responsable), le demandeur peut requérir l'indemnisation totale du dommage à l'une quelconque ou toutes les personnes responsables[1669]. Le Protocole ne prévoit pas la possibilité de responsabilité proportionnelle comme dans le Protocole de Kiev.

Le Protocole de Madrid de 1991. Ce Protocole a aussi prévu la responsabilité solidaire dans le cas des causes multiples. Selon ce texte, si une situation critique pour l'environnement résulte des activités de deux ou plusieurs opérateurs, ceux-ci en assument la responsabilité conjointe et solidaire. Il s'agit dans ce texte d'une présomption, car l'opérateur peut se prévaloir d'une responsabilité proportionnelle s'il établit qu'une partie seulement de cette situation résulte de ses activités[1670].

[1666] Article 6 § 1.
[1667] L'article 11 de la Convention de Lugano.
[1668] L'article 4 § 4 du Protocole de Kiev.
[1669] L'article 4 § 6 du Protocole de Bâle.
[1670] L'article 6 § 4 du Protocole de Madrid.

C. La position de la CDI

La position de la CDI. Comme pour les autres aspects du régime de la responsabilité, la CDI a examiné le sujet très rapidement et en filigrane de la responsabilité de l'exploitant[1671]. La position finalement adoptée par le rapporteur spécial semble avoir été « adoucie » par rapport à celle exprimée dans ses rapports précédents. Dans son deuxième rapport, le rapporteur spécial avait évoqué le choix de la responsabilité solidaire dans un certain nombre d'instruments conventionnels. Cependant, il avait présenté les inconvénients de ce choix qu'il a qualifié d'« effets pervers éventuels » :

> « Elle peut être considérée comme injuste ; elle constitue une "surdissuasion" ; elle donne lieu à des problèmes d'assurabilité ; elle est incertaine et entraîne des coûts administratifs. Elle n'est pas favorable à l'industrie, mais elle protège les intérêts de la victime. »[1672]

En réponse à ces « effets pervers éventuels », il a proposé de limiter cette règle en permettant à l'exploitant de limiter sa responsabilité s'il arrive à prouver l'étendue du dommage qui lui est attribuable. En rappelant que cette position a été adoptée par certains instruments internationaux, il a rappelé que le choix de la responsabilité solidaire devait être laissé aux négociateurs d'accords spécifiques[1673]. Autrement dit, il a n'a pas remarqué de tendance unanimement acceptée qui permette d'imposer ou même de recommander avec force le choix de la responsabilité solidaire.

Dans les Commentaires de 2006, la CDI ne mentionne que très (trop ?) rapidement la question de la responsabilité solidaire. Elle se contente de rappeler que dans le cas des dommages indivisibles, à la fois les législations nationales et les instruments internationaux ont tendance à prévoir une responsabilité conjointe et solidaire[1674]. Elle ne rappelle plus les « effets pervers » de cette forme de responsabilité et ne propose pas non plus la possibilité d'y échapper pour l'exploitant.

La réponse aux doutes exprimés par le rapporteur spécial. Il est vrai que l'évolution susmentionnée des Principes de la CDI ne permet pas de défendre une position quelconque avec certitude. Néanmoins, il nous semble que cette différence dans la manière de présenter le principe plaide plutôt pour une acceptation plus large de la responsabilité solidaire. Ceci d'autant plus qu'il existe des réponses convaincantes à l'ensemble des critiques à cette forme de partage de responsabilité. Le rapporteur spécial avait présenté ce principe comme pouvant

---

[1671] Voy. Le Principe 4 § 2 des Principes de 2006 qui recommande la responsabilité de l'exploitant.
[1672] *Deuxième rapport*, Rao (P.S), p.82
[1673] *Ibid*.
[1674] Les Commentaires de 2006, les commentaires au Principe 4, § 25, p.84

être considéré à la fois comme injuste et en faveur des victimes plutôt que de l'industrie. Or, justement la protection des victimes est l'objectif premier des régimes de responsabilité objective. En outre, les industries concernées peuvent très bien inclure le risque de cette responsabilité solidaire dans le prix de leurs assurances. Certes, en dernier ressort cette charge financière reviendra à leurs clients et non aux industries qui vont de toute façon inclure cette différence dans les prix de production.

Les problèmes d'assurabilité et les coûts administratifs ne sont pas non plus convaincants. Les régimes nucléaires et la pollution des hydrocarbures ont accepté cette forme de responsabilité depuis longtemps sans qu'il y ait une charge disproportionnée pour les assurances.

§3 Le critère de rattachement

Le critère de rattachement est une question à la fois peu étudiée et assez conflictuelle en droit de la responsabilité. Avant toute chose, la détermination de ce qu'est un critère de rattachement et de ce qu'on entend par cette notion n'est pas chose aisée. Il faut donc d'abord présenter le concept et ses particularités (A.). Une fois le concept défini, il convient également d'examiner les différents critères proposés par la doctrine et la jurisprudence (B.) avant de voir la position de la CDI en particulier sur le sujet (C.).

A. La présentation du sujet

Une sous-catégorie du lien de causalité. Il convient de bien distinguer les critères de rattachement avec le lien de causalité. En réalité, le lien de causalité est un concept plus large que les critères de rattachement. D'abord, le lien de causalité est un concept générique qui ne se limite pas à la causalité juridique, dont font partie les critères de rattachement. Ensuite, même dans son aspect juridique, le lien de causalité recouvre d'autres questions, notamment celle des preuves. Dans ce paragraphe, l'accent est mis sur la seule causalité juridique, plus spécifiquement sur les critères qui permettent d'établir cette forme de causalité.

La signification des critères de rattachement. Pour nous aider à définir le critère de rattachement, nous allons nous appuyer sur le travail le plus compréhensif de la doctrine francophone en la matière, à savoir la thèse publiée de T. Demaria[1675]. Nous n'avons pas trouvé de définition pour les critères de rattachement en tant que tels dans cette thèse. En revanche,

[1675] Voy. Demaria (T.), *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, Paris, Pedone, 2021. Il s'agit d'une version remaniée de la thèse soutenue le 9 mai 2017 à l'Université d'Aix-Marseille, sous la direction du Professeur Y. Kerbrat.

Demaria a défini une notion proche, à savoir les théories de causalité. Cette définition peut servir de point de départ à celle des critères de rattachement. Les théories sont celles qui « ont vocation à déterminer si, et dans quelle mesure, un fait générateur de responsabilité a bien "causé" un dommage »[1676]. Sur cette base, nous définissons les « critères de rattachement » comme les critères ou les standards qui sont appliqués par les tribunaux afin de qualifier une condition comme étant la cause juridique du fait illicite (la responsabilité classique) ou le dommage (la responsabilité objective). Plus ou moins exigeants, ces critères devraient influencer le jugement porté sur le lien de causalité.

Une question peu étudiée. Il faut aussi savoir que même en droit de la responsabilité classique, il s'agit d'une question peu étudiée. Sans grande surprise, en droit de la responsabilité objective, la question l'est encore moins. On trouve seulement de brèves références à ce sujet dans les travaux de la doctrine, y compris la CDI, que nous allons examiner dans ce paragraphe. Il existe une exception marquante en littérature francophone qui est la thèse déjà mentionnée de T. Demaria. Cette thèse est sans doute la référence francophone en la matière. Quand il s'agit de présenter et de comparer les différents critères, la présente recherche s'est largement appuyée sur cette thèse qu'elle se permet parfois de critiquer.

Des critères à contenu largement indéterminé. Demaria a souligné que la CDI n'a consacré que quelques lignes dans ses commentaires aux Articles de 2001 à la signification du lien de causalité. Selon lui, il s'agit d'un silence volontaire qui « laisse la personne ou l'institution chargée de l'application du droit face à ses responsabilités »[1677]. Autrement dit, la CDI a jugé inopportun d'imposer un critère quelconque pour l'établissement du lien de causalité. L'importante étude de Demaria lui-même a démontré qu'il s'agit d'un concept à contenu partiellement indéterminé, mais pas forcément indéterminable[1678]. Insistant sur l'indétermination de la causalité juridique[1679], il démontre que l'exigence d'un lien de causalité n'impose l'utilisation d'aucun critère déterminé[1680]. Cependant, l'examen des critères en question présente toujours un intérêt certain. En effet, cette étude offre des indices intéressants pour l'établissement du lien de causalité.

[1676] Demaria (T.), *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, *op. cit.*, p. 43.
[1677] *Ibid.*, p. 28.
[1678] *Ibid*. p. 33.
[1679] *Ibid*. p.237
[1680] Voy. *ibid*.

B. L'analyse des différents critères

L'intérêt de revenir sur les critères. Les critères de causalité sont déjà examinés en droit de la responsabilité classique. Demaria a essayé de donner une image compréhensive des critères applicables. La question peut se poser de l'intérêt de reprendre ces critères en droit de la responsabilité objective. La première réponse à cette question vient de la similitude entre les deux formes de la responsabilité en la matière. La responsabilité objective a seulement exempté les victimes d'apporter la preuve de l'illicite et aucunement celle du lien de causalité. Le juge pourrait décider d'assouplir ces critères afin de protéger les victimes,[1681] mais il faut de toute façon établir le lien de causalité. Autrement dit, les critères sont communs, le niveau d'exigence pourra éventuellement varier. La deuxième remarque est que nous avons de forts doutes quant à l'importance, voire la réalité des différences entre les critères variés apportés par la doctrine. Ayant examiné ces critères, nous avons constaté une convergence fondamentale vers le test de la condition *sine qua non*. Nous sommes donc d'avis que ces critères sont différentes facettes d'une même réalité plutôt que des réalités distinctes. Si cette position était admise, elle faciliterait notre démarche théorique, car la différence entre les deux formes de responsabilité perdrait encore davantage de sa pertinence. Il est donc nécessaire de donner un aperçu très synthétique des différents critères (1.) avant de présenter notre critique à leur égard (2.).

1. La synthèse des différents critères

Les deux formes de causalité. Dans son ouvrage sur le sujet, Demaria a essayé de catégoriser les critères applicables en droit international. Il distingue entre ce qu'il qualifie de causalité matérielle et juridique. Afin d'établir la causalité, on aurait besoin de démontrer ces deux formes de manière successive[1682]. Pour la causalité matérielle, il faudra démontrer que sans le fait illicite en question le dommage ne serait pas survenu[1683]. Autrement dit, il s'agit d'un lien de nécessité entre l'acte illicite et le dommage. En revanche, la causalité juridique est de nature évaluative. Ici le rôle premier est joué par l'organe qualificateur[1684].

Qu'il nous soit permis de faire part de nos doutes déjà sur cette distinction qui détermine le fil rouge de sa thèse. Nous ne voyons qu'un seul intérêt à faire une telle distinction. Il s'agit de démontrer que toute causalité matérielle ne résulte pas dans une causalité juridique. Or, en

---

[1681] Voy. *infra* la position de la CDI et la recommandation de « prendre en compte le risque » dans l'établissement de la causalité.
[1682] Demaria (T.), *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, *op. cit.*, p. 35.
[1683] *Ibid.*, p. 39.
[1684] *Ibid.*, p. 39.

réalité, il n'existe qu'une seule causalité qui mérite d'être examinée, à savoir la causalité juridique. N'ayant pas les compétences scientifiques requises, le juriste ne peut de toute façon pas substituer son analyse des rapports « matériels » à celle des experts dans le domaine en question. Le travail de juriste ne consiste pas à dire si le mélange de A avec B a résulté dans la création de C selon les règles physiques, chimiques ou autres. Dans cette phase, il est fatalement dépendant des experts et de la science dans son sens le plus large. Ce qu'il peut faire, en revanche, c'est prendre en compte la causalité matérielle afin de justifier son argument purement juridique. Cela étant, l'ensemble des critères que présente Demaria, nous semblent être des critères de la causalité juridique.

Malgré cette critique et afin de mieux comprendre son propos, nous allons quand même examiner ces critères selon l'ordre dans lequel il les a présentés.

Les critères de la causalité matérielle. Il existerait trois critères principaux pour l'établissement de la causalité matérielle à savoir l'équivalence des conditions, la causalité adéquate, et la *proximate cause*. Le test de l'équivalence des conditions implique un raisonnement contrefactuel. On se demande si sans A, B se serait produit. En outre, au moins dans sa version originale, cette théorie sous-entend l'égalité des causes, car elles sont toutes nécessaires à la survenance du résultat (ici le dommage réparable). Il n'y a donc pas à effectuer de sélection parmi ces causes. En tant que telle, cette théorie n'aurait qu'une place limitée en droit international[1685].

La causalité adéquate. Au contraire du premier critère, la causalité adéquate effectue une sélection parmi les conditions nécessaires au dommage. Elle ne qualifie de cause que des conditions qui sont de nature à produire le type de dommage survenu. Elle procède donc à une hiérarchisation des conditions en distinguant entre les causes réelles et d'autres conditions qui ne sont pas de véritables causes. En outre, ce critère se base souvent sur le critère de normalité[1686]. Comme pour le premier critère, cette approche est restée aussi, en grande partie, un standard théorique. Il n'existe que très peu de références expresses à ce critère dans la jurisprudence internationale[1687].

[1685] *Ibid.*, pp. 44-47.
[1686] *Ibid.*, p. 53.
[1687] *Ibid*., pp. 49-55.

***Proximate cause*.** En réalité, le critère le plus largement retenu est la « *proximate cause* »[1688]. Certains vont jusqu'à le qualifier de test principal en droit international public[1689]. Si la causalité adéquate est souvent rattachée à la normalité, la *proximate cause* entretient des rapports plus ténus avec la prévisibilité[1690]. Toutefois, il peut aussi inclure une référence à la normalité[1691]. En sachant que le critère a été utilisé de différentes manières en droit international, il n'est pas facile de présenter sa signification de manière précise. Demaria rappelle pourtant les deux aspects de cette signification. D'une part, il peut s'agir d'un critère, lui-même pivot de normalité et/ou de la prévisibilité. D'autre part, il peut tout simplement renvoyer au caractère suffisant de la cause[1692]. Dans ce sens le critère signifie que « le dommage, même s'il semble influencé par d'autres facteurs n'est dans l'affaire examinée pas "causé" par une cause extérieure, comme l'acte de la victime ou d'un tiers. Il est donc réparable »[1693].

Les faux critères. Demaria a souligné que certaines des idées proposées sont en réalité des « faux critères ». Il en est ainsi du « lien de causalité direct » largement utilisé par la CIJ et le TIDM, de la cause « *proximate* » et du critère de « *remoteness* ». Le premier de ces critères ne recouvrait souvent aucune réalité particulière. Le deuxième serait l'équivalent de « cause suffisante » et servirait de pivot pour les véritables critères de normalité ou de prévisibilité. Le troisième serait simplement une indication de proximité causale qui empêche la réparation des dommages « trop éloignés »[1694].

Les critères de la causalité juridique. Demaria a énuméré trois critères principaux[1695]. Il s'agit de la normalité, de la prévisibilité et de la sphère protectrice de la norme. Les deux premiers sont les critères les plus utilisés en droit international. Pour le premier il s'agit de savoir si A (le fait illicite) résulte, dans le cours normal des choses, dans la création de B (le préjudice). L'indétermination inhérente à la « normalité » laisse une grande marge de manœuvre à l'organe qualificateur[1696]. La prévisibilité tend à démontrer que A résulte, de manière « prévisible », dans B. Même s'il n'est pas moins indéterminé/flou que la normalité, son utilisation s'accroît en

---

[1688] Voy. Demaria (T.), *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, *op. cit.*, pp. 59-65.
[1689] Voy. une liste de ces personnes, ainsi que les partisans du test en général Demaria (T.), *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, *op. cit.*, pp. 61-62. Il précise pourtant que cette affirmation est essentiellement issue des auteurs anglo-américains.
[1690] *Ibid.*, pp. 57-58.
[1691] *Ibid.* et p. 62.
[1692] *Ibid.*, pp. 62-65.
[1693] *Ibid.*, p. 64.
[1694] Demaria (T.), *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, *op. cit.*, pp. 312-313.
[1695] *Ibid.*, chapitre VI, pp. 275-315.
[1696] Pour davantage d'informations voy. *ibid*., pp. 293-298.

droit international[1697]. Le troisième critère tend à déterminer la sphère exacte des intérêts que la norme en question protège. Si l'intérêt lésé sort de ce cadre, alors la victime n'aura pas droit à la réparation. Bien acceptée dans divers systèmes nationaux, sa portée en droit international serait incertaine[1698].

2. Une critique des différents critères

La conclusion pertinente de Demaria. Après avoir présenté les différents critères, Demaria lui-même a conclu dans la nécessité d'une approche pluraliste. Selon lui, il n'est pas possible d'imposer un critère aux dépens des autres[1699]. Ces critères sont des indications utiles au qualificateur juridique sans pour autant mettre fin aux difficultés de qualification juridique des faits.

Des différences douteuses. À la lecture de ces critères, il est difficile de ne pas y voir des similitudes, sinon des répétitions, quant au fond des différents tests appliqués. La question se pose tout simplement de la réalité et de la pertinence d'une véritable séparation entre les différents critères. Demaria lui-même a rappelé que la théorie de la causalité adéquate entretient des rapports étroits avec la normalité et celle de *proximate cause* avec la prévisibilité[1700]. Ces liens sont si ténus qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer l'un et l'autre. En outre, il faut se demander, si la normalité et la prévisibilité sont véritablement deux critères distincts. Si dans le cours normal des choses A résulte dans B, la survenance de B n'est-elle pas du même coup « prévisible » ?

Il en va de même pour la distinction entre la théorie de l'équivalence des conditions et celle de la causalité adéquate. La deuxième a en effet été présentée comme une réaction à la première[1701]. Or, à y voir de plus près, on s'aperçoit que même la théorie de l'équivalence ne cherche pas autre chose que la causalité adéquate. À défaut d'une lecture caricaturale du critère qui reviendra à rendre tout le monde responsable pour toute chose, ce critère revient à effectuer un test de condition *sine qua non*[1702]. Qui dit test de condition *sine qua non* dit une certaine hiérarchisation et qui dit hiérarchisation dit la causalité adéquate. À moins d'une interprétation absurde, ce critère ne prône que l'égalité des causes préalablement déterminées comme suffisantes, et encore ! En effet, il n'est pas certain qu'une fois la causalité établie, les

[1697] Voy. *ibid*., pp. 298-308.
[1698] Voy. *ibid*., pp. 308-311.
[1699] Demaria (T.), *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, *op. cit.*, p. 415.
[1700] Voy. *supra* la présentation des critères.
[1701] Demaria (T.), *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, *op. cit.*, p. 49.
[1702] *Ibid.*, pp. 45-46.

responsabilités ne soient pas nivelées en fonction de leur part dans la création de l'illicite ou du dommage.

L'ensemble de ces tests sont interdépendants (souvent équivalents même) et ils sont tous basés sur une donnée plus fondamentale qui est tout simplement le bon sens de l'organe qualificateur. Le véritable test nous semble être celui de condition *sine qua non* qui est présentée de différentes manières. Plutôt que révélateurs de réalités véritablement distinctes, les différents critères représentent les différentes facettes d'une même vérité.

C'est justement au regard de ces difficultés que la CDI n'a pas voulu trancher définitivement en la matière. Sa position se doit quand même d'être examinée.

C. La position de la CDI

L'assouplissement du lien de causalité. Il n'existe aucune raison qui empêcherait l'application des critères de la responsabilité classique, *mutatis mutandis* au droit de la responsabilité objective. La seule vraie spécificité du droit objectif réside dans l'importance donnée à la protection des victimes. Cela étant, il peut y avoir un assouplissement dans l'établissement du lien de causalité en général, et des critères de rattachement en particulier. Cet assouplissement se justifie notamment par l'élément du risque.

L'assouplissement procédural. Justement, selon le dernier rapporteur spécial (Rao), beaucoup d'États avaient plaidé pour l'assouplissement de la charge de la preuve en ce qui concerne le lien de causalité[1703] :

> « Même sur la question de la preuve du dommage et du lien de causalité nécessaire, il peut y avoir des divergences de vues. Beaucoup d'États, mais non pas tous, se sont prononcés pour un standard relativement souple de façon à réduire la charge de la preuve pour les victimes. Certains ont même suggéré le renversement de la charge de la preuve ou l'admission d'une présomption de lien de causalité, que l'exploitant pourrait ensuite combattre. Certaines des conventions conclues récemment comportent des dispositions traitant de ces questions, mais les compromis adoptés à la majorité n'ont pas remporté suffisamment l'adhésion pour que ces conventions entrent en vigueur. »[1704]

Le rapporteur spécial a aussi rappelé la difficulté pour les victimes d'apporter des preuves de la négligence de la personne responsable. Deux éléments importants rendent très difficile la recherche de ces preuves, l'un d'ordre géographique et l'autre d'ordre technique. En effet, les dommages sont créés sur un territoire étranger (par rapport aux victimes). En outre, la responsabilité objective se matérialise dans les domaines technologiques et industriels. La complexité technique et, parfois, le lien avec la sécurité nationale (on pense aux activités

---

[1703] *Deuxième rapport,* Rao (P. S.), *op. cit.*, p. 78.
[1704] *Ibid.* Voy. aussi p. 72, § 23.

nucléaires, mais pas que) rendent difficile l'obtention des preuves de la part des victimes[1705]. Ces difficultés sont aussi valables, non pas seulement pour prouver la négligence, mais aussi pour l'établissement du lien de causalité. Il faut donc en tenir compte dans le contentieux.

L'assouplissement du fond. Il existe une brève référence dans les travaux de la CDI qui pourrait être comprise comme un assouplissement du fond. En effet, l'établissement du lien de causalité ne dépend pas de la seule question des preuves. Il est aussi lié au niveau d'exigence quant à l'établissement du lien causal. Ce niveau peut varier en présence des conditions (et non pas causes) externes, multiples ou même en présence d'une seule condition dont le lien avec le dommage n'est pas vraiment certain. La question se pose alors du niveau d'exigence quant à l'établissement du lien causal. Il existe un passage important dans les travaux de la CDI sur le sujet :

> « 4. Lors de l'examen des éléments de nature à établir le lien de causalité entre l'activité dangereuse et les dommages transfrontières, il sera dûment tenu compte du risque de causer un dommage significatif, inhérent à l'activité dangereuse »[1706]

La CDI n'a pas davantage explicité le sens exact de cette phrase. Même si la tournure générale indique une prise en compte générale (et non pas seulement procédurale) du risque, l'on ne peut pas confirmer avec certitude qu'il s'agit là d'une question de fond. La référence à « l'examen des éléments » pourrait aussi impliquer un aspect procédural. Quoi qu'il en soit, cet énoncé avait au moins pour mérite d'indiquer la prise en considération du risque dans l'établissement du lien de causalité. À l'origine inséré dans les rapports du rapporteur spécial, ce critère n'a pas été réitéré dans les principes finalement adoptés. Simple oubli ou suppression volontaire, nous ne pensons pas que cela prive l'énoncé de son importance et surtout de sa pertinence pour le sujet qui nous préoccupe.

La position des Principes de 2006. En tant que tels, les principes ne font même pas mention des difficultés liées au lien de causalité ou au critère de rattachement. Il existe un seul paragraphe dans les Commentaires de 2006 qui porte sur le lien de causalité. Plutôt qu'une prise de position sur le lien de rattachement, ce paragraphe se contente d'expliquer l'évolution du droit positif en la matière. Au regard de son importance, il sera rapporté en entier, mais en deux parties. Dans un premier temps la CDI rappelle les différents critères existants :

> « 16) La responsabilité objective peut alléger le fardeau qui pèserait autrement sur les victimes si elles devaient prouver qu'il y a eu faute de l'exploitant, mais elle n'élimine pas les difficultés associées à l'établissement du lien de causalité nécessaire entre le dommage et la source de

---

[1705] *Ibid.*, pp. 82-83.

[1706] Cette recommandation était incluse dans le projet de principe 4 sur l'indemnisation prompte et adéquate. Il s'agit de la variante A, mais la variante B des propositions était essentiellement la même, sur ce point précis. *Deuxième rapport,* Rao (P. S.), p. 82.

> l'activité. Le principe de causalité est lié aux questions de prévisibilité et de proximité ou de perte directe. 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. On est passé de la stricte théorie de la condition *sine qua non* en passant par le critère de prévisibilité (pertinence) à un critère de causalité moins rigoureux n'exigeant qu'une " imputation raisonnable du dommage " … »[1707]

On voit bien que la CDI y rappelle les différents critères de rattachement sans prendre position par rapport à leur pertinence. D'ailleurs, au regard des critères présentés dans la doctrine et la jurisprudence[1708], cette liste n'est même pas complète. La CDI a pourtant raison d'expliquer qu'il s'agit là « d'une branche de droit extrêmement discrétionnaire et imprévisible ». Quant à la facilité progressive des critères de causalité, nous ne pouvons que répéter la conclusion du paragraphe précédent. Selon nous, la différence entre ces critères est plus formelle qu'autre chose. Ils mettent l'accent sur différents aspects du lien de causalité sans pour autant présenter un critère de fond précis et distinct quant à son établissement.

Dans la continuité de son propos, la CDI se prononce sur le critère de prévisibilité en particulier :

> « En outre, le critère de prévisibilité pourrait 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, de tels critères n'ont pas été inclus dans un modèle analytique plus général de la répartition des pertes. »[1709]

Nous avouons ne pas comprendre le raisonnement de la CDI. Le critère de prévisibilité considère comme cause une condition qui aboutit au dommage de manière prévisible. Par conséquent, le progrès scientifique devrait augmenter, au contraire, la facilité de déterminer ce qui est prévisible ou pas. Enfin, ayant rappelé l'incertitude inhérente au sujet, la CDI explique qu'elle a décidé de ne pas prendre position en faveur d'un critère en particulier. Dans ce sens, les travaux de la CDI sur la responsabilité objective confirment la conclusion des Articles de 2001 sur la responsabilité classique. Cette deuxième conclusion mérite aussi d'être examinée, car elle peut aider à comprendre les critères de causalité. En outre, comme on l'a déjà souligné, ces critères sont *a priori* aussi applicables en responsabilité objective.

La position de la CDI pour la responsabilité classique. La CDI a mentionné trois critères pour l'établissement du lien de causalité, à savoir la normalité, la prévisibilité et l'exclusivité.

[1707] Le Commentaire de 2006, Principe 4, §16, p. 83.
[1708] Voy. *supra* §2.
[1709] Le Commentaire de 2006, Principe 4, §16, p. 83.

La normalité et la prévisibilité ont déjà été présentées[1710]. Il reste à présenter l'exclusivité. En critiquant la position canadienne dans l'affaire *Cosmos,* la Commission a rejeté le critère de causalité « immédiate » comme étant ambigu. Dans un passage important, la Commission donne sa propre vision du lien de causalité nécessaire. Selon la CDI :

> « Le lien de causalité doit donc être présumé non seulement lorsqu'on est en présence d'une relation de "causalité immédiate", mais aussi chaque fois que le dommage est lié à l'acte illicite par une chaîne d'événements qui, pour longue qu'elle soit, est ininterrompue. »[1711]

Selon la CDI, le critère essentiel est l'exclusivité du fait illicite comme origine du dommage. Il n'existe pas d'obstacle s'il existe un ou plusieurs événements entre les deux, pourvu que chaque événement soit lié à l'autre de manière exclusive.

La proximité causale. La CDI avait aussi émis des réserves quant à la distinction entre la causalité directe et indirecte comme étant ambigu et peu utile[1712]. Selon la CDI, il y avait plutôt besoin d'un lien « clair et ininterrompu »[1713]. Boyle critique ce critère comme n'étant guère moins problématique que la distinction entre le dommage direct et indirect. Cependant, quel que soit le critère retenu, il est d'avis que l'obligation de réparation n'est pas illimitée. Au contraire, elle est liée par une « notion inhérente de proximité »[1714].

L'inopportunité de présenter un critère fixe dans la responsabilité classique. Dans les travaux de la CDI sur la responsabilité classique, le rapporteur spécial Crawford avait statué contre un critère fixe. Selon lui, le critère pertinent dépend de l'obligation en question et de son contexte d'application :

> « … En droit international comme en droit national, il semble qu'il convient 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. C'est pourquoi il a été décidé d'utiliser simplement le terme "causé" et de s'en expliquer dans le commentaire. »[1715]

Sa position est en conformité avec la position du Comité de rédaction selon lequel les normes primaires contiennent déjà des précisions sur le lien de causalité, ce qui aurait exempté la Commission de développer le sujet. En effet, selon le comité « la nécessité du lien de causalité

[1710] Voy. *supra* l'analyse des différents critères (§3-B).
[1711] *ACDI*, 1993, vol. II (2ème partie), doc. A/48/10, p. 72, § 11.
[1712] Les Commentaires de 2006, les commentaires à l'article 8, § 6, p.71. Voy. aussi l'analyse de Boyle : Boyle (A.), « Environmental damage in international law », *in* Bowman (M.), Boyle (A.), *Environmental damage in international and comparative law, op. cit.*, pp. 23-24.
[1713] Les Commentaires de 2006, les commentaires à l'article 8, § 7, p.71.
[1714] Boyle (A.), « Environmental damage in international law », *op. cit.*, pp. 23-24.
[1715] *ACDI*, 2001, vol. II (1re partie), doc. A/ CN.4/517 et Add.1, par. 33, p. 14.

est en général énoncée au niveau des règles primaires »[1716]. Au lieu de développer des critères précis et contraignants, la CDI avait opté pour une marge de manœuvre importante des arbitres :

> « L'application des principes et critères examinés plus haut ne peuvent se faire qu'à la lumière des circonstances et des faits de la cause, et le pouvoir discrétionnaire des arbitres ou les talents diplomatiques des négociateurs devront jouer un rôle décisif dans la détermination de la mesure dans laquelle le préjudice est indemnisable. »[1717]

Demaria et Stern critiquent la position de la CDI en général et le Comité de rédaction en particulier. Selon eux, les normes primaires ne sont pas d'une grande aide pour statuer sur le critère de causalité[1718]. Ils regrettent aussi que la CDI n'ait pas clarifié les critères de causalité[1719]. Nous partageons leur critique quand il s'agit des normes primaires. Il est vrai que la plupart des normes primaires ne donnent aucune précision sur les modalités de l'établissement du lien de causalité. Les deux auteurs ont raison aussi quand ils regrettent le fait que la CDI n'ait pas davantage clarifié les critères de rattachement. En revanche, sur le fond, nous pensons, comme la CDI, qu'il n'est tout simplement pas possible d'imposer un ou plusieurs critères de causalité. Les incertitudes autour du concept sont telles que son développement pendant les travaux de la CDI aurait causé un ralentissement important, sans forcément aboutir à un résultat concret. Justement, les détails d'application du lien de causalité sont l'affaire de la doctrine hors CDI.

[1716] *ACDI*, 2000, vol. I, p. 415, § 17, cité par Demaria (T.), *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, *op. cit.*, p. 312.
[1717] *ACDI*, 1993, vol. II (2ème partie), *op. cit.*, p. 73, § 13.
[1718] Demaria (T.), *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, *op. cit.*, p. 312.
[1719] *Ibid.*, pp. 244-255. Cette critique est exprimée directement par Stern mais elle semble implicite dans l'analyse de Demaria. Voy. par exemple le Chapitre V de sa thèse, plus particulièrement son analyse des travaux de la CDI.

Conclusion de la Section 2

La canalisation. En réalité, la canalisation n'apparaît pas comme un élément commun aux différents régimes de responsabilité. Certains régimes importants l'ont retenue, mais ce n'est pas le cas de tous les régimes. Néanmoins, la simple désignation d'une seule personne (souvent l'exploitant) comme l'entité responsable pourrait être comprise comme aboutissant *de facto* à la canalisation. Cependant, en l'absence d'une disposition expresse, les autres personnes impliquées dans l'activité dangereuse ne seront pas véritablement à l'abri. Ces personnes risquent de se voir poursuivies et condamnées notamment du fait de leur négligence éventuelle. Il est aussi à souligner que hormis le régime spatial, d'autres régimes ont prévu la possibilité d'échapper à cette canalisation. Cette exception s'applique, au moins, en cas de faute intentionnelle et parfois même en cas de simple négligence.

Nous avons vu qu'il s'agit d'un principe qui protège davantage le secteur industriel que les victimes. Dans ce sens, et au regard de son caractère dérogatoire aux règles bien établies de la responsabilité classique, nous avons plaidé pour sa suppression ou, à défaut, son assouplissement. Nous avons aussi vu que la nécessité de dépasser ce principe a été ressentie dans beaucoup de droits internes dont certains se passent volontiers.

Une tendance à reconnaître la responsabilité solidaire. Il s'agit d'une différence entre la responsabilité objective et classique. Dans la responsabilité classique, le principe est la responsabilité individuelle et proportionnelle. La responsabilité de chaque personne est proportionnelle à sa participation au(x) fait(s) illicite(s) en question. Au contraire, en cas de pluralité des acteurs concernés, les régimes de responsabilité objective penchent souvent vers une responsabilité solidaire des personnes responsables. Cependant, le contenu de cette règle varie en fonction des conventions. Il s'agit soit d'un principe absolu, soit d'une présomption de responsabilité solidaire. Dans ce dernier cas, la responsabilité sera proportionnelle si la personne responsable démontre qu'elle n'a été à l'origine que d'une partie du dommage.

Les critères de rattachement. Premièrement, les doutes sont grands déjà en droit de la responsabilité classique qui ne retient pas un critère définitif. En effet, il n'existe guère de convergence d'opinion sur le sujet. D'ailleurs, nous sommes d'accord avec Demaria en disant que les critères proposés sont de toute façon tous relativement indéterminés et qu'on ne peut en tirer que des indices qui pourraient guider le choix des arbitres. Nous avons rappelé qu'en droit de la responsabilité classique, le critère de « *proximate cause* » était celui le plus largement utilisé. Certains vont jusqu'à le qualifier de test principal en droit international public.

Nous ne voyons pas en quoi ce critère ne peut pas être utilisé *mutatis mutandis* en droit de la responsabilité objective. Rien dans la nature de cette responsabilité ne permet de retenir une thèse radicalement différente de la responsabilité classique. En revanche, nous pensons comme la CDI que le risque doit être pris en compte dans l'établissement de la responsabilité. Cette prise en compte doit concerner l'exigence à la fois procédurale et substantielle du lien de causalité.

Conclusion du Chapitre 8

L'attribution de la responsabilité. L'étude des différents droits conventionnels dans leur contexte juridique nous a démontré la nécessité de choisir un critère suffisamment flexible dans le choix de la personne responsable. Les activités dangereuses font intervenir une multitude de personnes et le choix définitif d'une seule d'entre elles risque de provoquer l'insouciance de toutes les autres. Le critère le plus essentiel semble être le contrôle effectif sur l'activité dangereuse. Cette flexibilité est aussi nécessaire dans le choix des critères de rattachement pour lesquels il n'existe pas de choix unanimement accepté.

Des critères distinctifs. Au contraire du régime de dommage (Chapitre 7), assez proche de la responsabilité classique, le régime de l'attribution se distingue davantage de cette forme de responsabilité. Cette spécificité se traduit notamment par la canalisation de la responsabilité qui déroge radicalement au droit commun. La facilité de l'acceptation de la responsabilité solidaire est aussi un attrait caractéristique du droit de la responsabilité objective, même si elle n'est pas toujours appliquée de la même manière dans les droits conventionnels. Au contraire de ces deux aspects distinctifs, nous n'avons pas conclu à la nécessité d'un changement radical du critère de rattachement entre les deux formes de la responsabilité. La *proximate cause* peut très bien servir de base à la fois pour la responsabilité classique et objective. En même temps, nous rejoignons la recommandation consistant à prendre en compte le risque dans l'établissement de la causalité. Si différence il y en a entre les deux formes de la responsabilité, elle se justifie uniquement par la nécessité de protéger les victimes et la difficulté d'apporter des preuves dans les domaines technologiques parfois très complexes.

Conclusion du Titre IV

La clarification des types de dommage réparable. Concernant la notion du dommage, nous avons vu que le dommage environnemental était le concept le plus discuté. En l'espèce, nous avons tenté de mettre en évidence les défauts des régimes existants. Nous avons démontré les inconvénients d'un régime anthropocentrique qui échoue à protéger et réparer l'environnement de manière satisfaisante. Nous avons aussi mis en valeur les quelques modèles qui sortent du lot (notamment celui de la CRAMRA et de la Convention de Lugano) en proposant leur élargissement. Effectivement, la reconnaissance d'une vision large de l'environnement et la priorité à la remise en état peuvent améliorer le droit existant. La remise en état peut être effectuée dans l'impossibilité de réintroduire les ressources endommagées à l'identique. La réintroduction des espèces similaires peut être une solution à développer. En outre, nous avons aussi essayé d'apporter plus de clarté dans la conceptualisation du dommage. Nous avons évacué des notions superflues, notamment la distinction dommage-préjudice et les dommages économiques en tant que catégorie distincte.

L'attribution de la responsabilité. En présence de canalisation, on aurait pu s'attendre à une attribution aisée et simple en droit de la responsabilité objective. Les différentes formes de canalisation, les exceptions au principe et la possibilité des recours secondaires sont parmi les éléments qui contredisent cet *a priori*. À cela, il faut ajouter un rôle éventuel étatique quand l'exploitant privé n'est pas en mesure d'honorer ses engagements. À tout point de vue, le droit de la responsabilité objective tend à faciliter la tâche aux victimes. Cependant, de nombreuses confusions qui entourent certaines questions fondamentales ne ménagent pas vraiment ces victimes. Le doute le plus important est peut-être la réalité et la portée d'un engagement éventuel étatique qui n'est que trop peu codifié par les conventions applicables. En l'état actuel, les États ont voulu se désengager pour transférer le poids de la responsabilité aux acteurs privés. Ayant remarqué les limites de cette approche, il reste à voir jusqu'à quand cette stratégie, davantage politique que juridique, pourra se maintenir et se justifier.

Conclusion de la Deuxième Partie

L'impossibilité d'un régime uniforme. Au cours des développements précédents, nous avons tenté de proposer un régime de responsabilité déduit/inspiré des droits conventionnels. La question qu'on s'était posée était celle de savoir si l'on pouvait imaginer un régime cohérent ou si, au contraire, il fallait se contenter d'un régime à plusieurs vitesses. La réponse est sans recours. Même si l'objectif principal de tous les régimes examinés est le même, ils sont soumis à des logiques politico-juridiques bien distinctes. Par conséquent, il n'existe certainement pas une seule et unique forme de responsabilité objective. Cela étant, il n'est pas impossible de *proposer* un régime cohérent, mais de là à prendre cette proposition pour du droit positif il y a un pas que nous n'avons pas voulu franchir.

La possibilité de proposer un cadre général d'application. S'il n'existe pas de régime uniforme de responsabilité objective en droit international non conventionnel, il existe néanmoins des similitudes notables entre les régimes conventionnels. Il est donc possible de s'inspirer de ces conventions pour proposer un cadre général d'application de la responsabilité objective. Ce cadre peut être utilisé tant pour le développement futur des régimes conventionnels que pour l'application du droit coutumier. En revanche, il doit prendre en compte les divergences entre les régimes conventionnels et laisser une marge d'appréciation aux États, qui devront l'adapter à chaque situation spécifique. Il n'est pas nécessaire de revenir sur toutes les questions abordées, mais il convient de rappeler les conclusions générales concernant le dommage et l'attribution.

La notion de dommage réparable est actuellement anthropocentrique et ne couvre souvent pas les dommages purement écologiques. Les conventions les plus progressistes en la matière, notamment la Convention de Lugano et la Convention de 1988 sur les ressources minérales de l'Antarctique, ne sont jamais entrées en vigueur. Actuellement, la tendance prédominante est celle de la CLC qui présente une approche restrictive des dommages environnementaux. Cette approche conduit, en pratique, à une réparation partielle et insuffisante des dommages environnementaux. Les dommages aux personnes et aux biens, quant à eux, ne présentent pas de spécificités notables par rapport au droit de la responsabilité classique.

Quant à l'attribution, nous avons critiqué la canalisation, une règle largement acceptée dans les régimes conventionnels. Nous avons vu que cette règle répond avant tout aux préoccupations économiques des secteurs industriels et des assurances. Cela étant dit, elle est dépourvue de justification juridique convaincante et constitue donc une dérogation injustifiée aux principes communément acceptés de la responsabilité classique. Cela dit, nous avons proposé des

solutions visant à supprimer ou réduire les conséquences néfastes de cette règle. En réalité, cette proposition consiste à revenir, autant que possible, à la logique du droit de la responsabilité classique. Autrement dit, la responsabilité devrait revenir à la personne à l'origine du dommage (ou le fait illicite pour la responsabilité classique) et non à une personne désignée de manière préétablie. En revanche, nous avons défendu le maintien des spécificités de la responsabilité objective en cas de causes multiples et dans l'application du critère de rattachement. La facilité de l'admission de la responsabilité solidaire dans le premier cas et la prise en compte du risque dans le second se justifient au regard des particularités de la responsabilité objective et des activités qu'elle régit.

Nous avons également mis en lumière les difficultés liées à la qualification et à la détermination précise de l'étendue de la responsabilité étatique. Nous avons constaté qu'il est souvent difficile de distinguer les deux formes de responsabilité (objective ou classique) dans les cas impliquant l'intervention de l'État. Actuellement, cette responsabilité est souvent complémentaire à celle de l'exploitant privé et n'intervient que si ce dernier n'est pas en mesure de remplir ses obligations. En complément de ce que nous avons évoqué au cours de la Première Partie[1720], nous avons plaidé pour un rôle plus actif de l'État, qui, dans la majorité des cas, tire profit (directement ou non) de l'activité à l'origine du dommage.

Le rapport avec la responsabilité classique. Il existe davantage de raisons qui rallient les deux formes de responsabilité (objective et classique) plutôt qu'elles ne les séparent. Au regard à la fois des risques liés à la fragmentation du droit international et aussi aux raisons de la pure technique juridique, il est souhaitable de s'en tenir, autant que possible, aux règles du droit de la responsabilité classique. Ce droit, même s'il ne pouvait pas être qualifié du droit commun, constitue toujours la forme principale de la responsabilité internationale. En réalité, la responsabilité objective n'intervient que de manière subsidiaire. Néanmoins, l'étude de certains aspects fondamentaux du régime de la responsabilité nous a démontré que cet effort d'harmonisation ne peut qu'être partiel. La logique fondamentale de la responsabilité objective, la nécessité de protéger les victimes innocentes, nécessite des aménagements à la responsabilité classique dans des domaines bien plus nombreux que ce qu'on aurait pu souhaiter.

[1720] Voy. *supra* Chapitre 1, Section 2.

Conclusion

L'insuffisance de la théorie classique de la responsabilité. Depuis l'introduction de ce travail, nous avons énoncé notre thèse la plus fondamentale qui était l'insuffisance de la seule théorie classique de la responsabilité. Au fond, la faille principale de cette théorie réside dans son indifférence apparente face au dommage comme élément déclencheur de la responsabilité. Nous avons essayé de démontrer, à travers de nombreux exemples, que la responsabilité pour fait illicite ne parvient pas à justifier tous les cas de réparation et a parfois échoué à garantir la protection des victimes. La question la plus importante reste le rapport entre ce dommage et la souveraineté de l'État victime. Le dommage transfrontière n'est-il pas en soi une violation de cette souveraineté ? Nous estimons qu'il devrait l'être, mais que les États, et par conséquent le droit positif, n'ont pas souhaité reconnaître une telle règle. La crainte des États est sans doute due aux effets, selon eux, imprévisibles d'une telle règle qui pourrait avoir des conséquences profondes sur les fondements même du droit international. La tâche que nous avons entreprise aurait en effet été beaucoup plus simple si les États ne résistaient pas tant à l'admission du dommage transfrontière comme une violation du droit international.

La nécessité du développement de la responsabilité objective. Tout laisse à croire que la position des États par rapport à la signification des dommages transfrontières ne changera pas dans un avenir proche. À défaut, la responsabilité objective est le seul rempart des victimes qui ne tirent aucun profit des activités dangereuses, mais qui sont exposées, en permanence, aux risques qu'elles posent. L'activité dangereuse ayant lieu sur un territoire étranger, l'accès à la preuve et à la justice est encore plus difficile que pour les dommages purement internes.

L'intérêt de la responsabilité objective ne s'arrête pourtant pas à la seule théorie du risque. Elle s'applique aussi en présence d'une CELI ou d'une norme primaire contingente. Après avoir examiné les exemples dans la pratique étatique et la jurisprudence, de sérieuses questions se posent sur le fondement de la responsabilité. Dans le triangle dommage-risque-fait illicite, le choix est tout sauf aisé. Chacun comprend l'importance du fait illicite au regard de son rôle dans la garantie de la légalité internationale. Or, il y avait bien une raison derrière l'abandon de ce fondement, comme unique fondement de la responsabilité dans les droits internes. Selon nous, cette raison est aussi valable en droit international. Elle est même valable à plus forte raison à cause des difficultés qu'ont les victimes de prouver un fait illicite sur un territoire étranger et possiblement devant un tribunal étranger. *In fine* l'intérêt pratique de la responsabilité objective ne peut guère être contesté. Si débat il y en avait, il porterait sur l'acceptation des États et donc du droit positif. Nous espérons avoir pu démontrer que les États sont en réalité soucieux de la réparation des dommages transfrontières. Les débats sur la portée

de cette réactivité étatique ont été relevés dans la Première Partie. Nous avons plaidé pour une coutume internationale dans certains cas de figure. Néanmoins, même si cette proposition n'était pas acceptée, nous espérons avoir pu démontrer l'intérêt d'une telle règle. Les exemples que nous avons apportés démontrent *a minima* une règle coutumière *in statu nascendi.*

Le rôle de la CDI. Nous ne trouvons aucune satisfaction à constater les limites de la CDI dans la question qui nous était soumise. Il n'est question ni de critiques faciles ni de nier le rôle déterminant de l'institution pour le développement futur du droit international. Nous constatons tout simplement que l'institution a parfois atteint ses limites face aux questions les plus sensibles[1721]. Une partie des difficultés de la CDI est d'ordre politique et échappe à son contrôle. En l'espèce pourtant, les défauts dans le travail de la CDI ne se limitent pas aux seules difficultés liées au droit positif. Il est vrai que la question n'est pas des plus simples et il est aussi vrai que le droit international y relatif est particulièrement complexe, voire parfois contradictoire. Néanmoins, même avec ces ressources limitées, nous sommes convaincus qu'il n'était pas impossible d'imaginer un travail plus « rigoureux ». Selon nous, ces travaux comportent aussi de véritables failles méthodologiques qui n'ont pas grand-chose à voir avec l'état du droit positif. En l'état, la juridicité même des Principes de 2006 peut être mise en question. Il n'est pas certain que des propositions si larges, faites par le rapporteur spécial, puissent réduire les ambiguïtés persistantes dans le sujet.

Les rapports entre les régimes de responsabilité objective et classique. Une question fondamentale qui nous a préoccupé dans la Deuxième Partie a été le rapport entre le régime des deux formes de responsabilité, classique et objective. Nous avons souligné qu'au regard à la fois des risques liés à la fragmentation du droit international et des similitudes entre les deux formes, la convergence entre les deux devait être privilégiée. Il faut reconnaître que la responsabilité classique est toujours la forme principale de la responsabilité internationale, à défaut de pouvoir la qualifier de droit commun. C'est donc en principe à la responsabilité objective de se mesurer à l'aune de la responsabilité classique. Il est vrai que le droit de la

[1721] Un autre exemple éloquent de cette proposition est le sort réservé aux ressources d'hydrocarbures partagées dans le cadre des travaux de la CDI sur les ressources naturelles partagées. Depuis 2002, la CDI a entrepris des travaux sur les ressources naturelles partagées qui ont pu aboutir à un projet d'articles pour une composante relativement peu problématique du sujet à savoir les ressources aquifères partagées. En effet, ils ont donné naissance aux Articles de 2008 sur les aquifères transfrontières. Sous la pression des États, la CDI a pourtant exclu les hydrocarbures, bien plus problématiques, du champ de son étude. En outre, même pour les aquifères, la solution de la CDI consiste essentiellement à proposer une utilisation équitable et raisonnable. Essentiellement, elle propose des indices à prendre en considération dans l'utilisation de ces ressources transfrontières, ceci afin d'éviter les dommages aux autres États. Voy. CDI, Projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières et commentaires y relatifs, *ACDI*, 2008, vol. II(2), pp. 24-48, notamment les articles 4 et 5.

responsabilité classique s'inspire aussi du droit de la responsabilité objective. Il ne faut pourtant pas se méprendre sur la signification des références faites à la responsabilité objective en droit de la responsabilité classique. C'est en principe l'importance des régimes conventionnels, notamment en matière de protection de l'environnement, qui a convaincu les juges et la doctrine de s'en inspirer pour la responsabilité classique. Cela dit, le régime principal est toujours basé sur le fait illicite et la déviation à ses règles ne peut être justifiée que par l'intérêt des victimes. Il n'est pas étonnant que dans les cas où cette déviation a été faite pour des questions d'acceptabilité politique et économique, le résultat a souvent été décevant (la canalisation, le plafonnement, etc.).

Des régimes injustes, mais en voie d'amélioration. En examinant les régimes de la responsabilité, on remarque surtout les failles et les injustices faites aux victimes. Les régimes actuels ont également échoué à protéger l'environnement comme ayant une valeur inhérente, dépassant les mauvais calculs utilitaristes. Le défaut central de tous ces régimes peut être résumé dans leur approche purement économique pour aborder le sujet. Cette approche conçoit la réparation, non pas comme un droit, mais comme une donnée économique, soumise aux négociations et à l'accord des parties. Ces solutions sont présentées comme étant « pragmatiques », cherchant à trouver l'équilibre entre la survie économique des activités dangereuses et l'intérêt des victimes. Or, elles n'ont d'équilibre que son aspect compromissoire. Ce que l'on constate est donc l'insuffisance du droit positif pour garantir une réparation satisfaisante aux victimes. Pis, on est face à une perception qui énonce expressément que la réparation n'a même pas à être suffisante[1722]. Dans les faits, plus l'envergure de l'accident est importante, plus il y a un risque que les dommages subis ne soient pas réparés.

Ni défaitiste ni utopiste, cette thèse ne fait que constater l'insuffisance des règles actuelles du droit de la responsabilité dans leur rôle premier, à savoir la protection des victimes. Elle reconnaît aussi l'amélioration des régimes conventionnels au cours des années passées depuis leur adoption. Ces régimes sont pourtant toujours loin d'être satisfaisants. Le constat de l'échec peut être le début de sa fin. Nous avons proposé des solutions concrètes afin d'alléger, sinon d'arrêter ces insuffisances. D'autres propositions existent et existeront dans la doctrine qui cherche le même objectif. Désormais, le choix appartient aux autorités politiques qui décident des suites à donner pour chacun des régimes conventionnels et pour le droit international général.

[1722] C'est la solution retenue par la CDI dans ces Principes de 2006. Voy. *supra* Chapitre 4, Section 2.

Bibliographie

Cette liste ne se limite pas aux sources citées dans la thèse. Elle inclut toutes les sources consultées par l'auteur dans le cadre de ses recherches. Bien que tous ces textes n'aient pas été explicitement cités, chacun d'entre eux a contribué, d'une manière ou d'une autre, à nourrir la réflexion et à approfondir les positions adoptées dans la thèse. La structure de la bibliographie, tenant compte à la fois du contenu et de la forme des sources, a été choisie en fonction de sa clarté et de sa simplicité d'utilisation pour les lecteurs.

Ouvrages

Manuels et sources du droit international

- Alland (D.), *Manuel de droit international publi*c, 9e éd., puf, 2022
- Aloupi (N.), Kleiner (C.) (dir.), *Le précédent en droit international*, 49e colloque de Strasbourg de la Société française pour le droit international, 28 au 30 mai 2015, Paris, Pedone, 2016
- Anzilotti (D.), *Cours de droit international*, traduction de Gilbert Gidel d'après la troisième édition italienne, Paris, Sirey, 1929
- Aust (A.), *Handbook of International Law*, CUP, 2e éd., 2010
- Brownlee (I.), *Principles of public international law*, 7th edition, OUP, 2008
- Carreau (D.), Fabrizio (M.), *Droit international*, 12e éd., Pedone, 2018
- Combacau (J.), Sur (S.), *Droit international public*, 13e éd., LGDJ-Lextenso, 2019
- Corten (O.), *Le discours du droit international : pour un positivisme critique*, Paris, Pedone, 2009
- Crawford (J.), *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9e éd., OUP, 2019
- D'Amato (A.), *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, 1971
- Daillier (P.), Forteau (M.), Pellet (A.), *Droit international public*, 8e éd., LGDJ, 2009
- D'Aspremont (J.), Sing (S.) (ed.), *Concepts for International Law*, Elgar, 2019
- Distefano (G.), Buzzini (G.), *Bréviaire de jurisprudence internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2e éd., 2010
- Dixon (M.), *Textbook on International Law*, 7e éd., OUP, 2013
- Dupuy (P-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public*, 16e éd., Dalloz, 2022

- Dupuy (P.-M.), Kerbrat (Y.), *Droit international public*, 17e éd., Dalloz, 2024
- Forteau (M.), Miron (A.), Pellet (A.), *Droit international public*, 9e éd., LGDJ, 2022
- Hermet (A.), *La convergence des dispositions conventionnelles et la détermination du droit international coutumier*, Paris, Pedone, 2021
- Rivier (R.), *Droit international public*, 3e éd., puf, 2017
- Scelle (G.), *Manuel élémentaire de droit international public (avec les textes essentiels)*, Paris, Domat Montchrestien, 1943
- Shaw (M.), *International law*, 9e éd., CUP, 2021
- Sorenson (M.), *Manual of Public International Law*, St. Martins Press, 1968.
- Verhoeven (J.), *Droit international public*, Larcier, 2000

Lexiques, dictionnaires juridiques et encyclopédies

- Albarian (A.), *Les 100 mots du droit anglais*, Lamy, 2013
- Arabeyre (P.), Halpérin (J-L.), Kryne (J.), *Dictionnaire historique des juristes français*, XIIe-XXe siècle, Paris, PUF, 2007
- Alland (D.), Rials (D.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Quadrigue/Lamy-PUF, 2010
- Cornu (G.) (ed.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige/PUF, 12e éd., 2018
- Berhart (R.) (ed.), *Encyclopedia of public international law*, vol. 1, Amsterdam, Max Planck Institute for comparative public law and international law, 1992
- Berhart (R.) (ed.), *Encyclopedia of public international law*, vol. 2, Amsterdam, Max Planck Institute for comparative public law and international law, 1992
- Berhart (R.) (ed.), *Encyclopedia of public international law*, vol. 3, Amsterdam, Max Planck Institute for comparative public law and international law, 1992
- Berhart (R.) (ed.), *Encyclopedia of public international law*, vol. 4, Amsterdam, Max Planck Institute for comparative public law and international law, 1992
- Dahl (H.), Bourdreau (T.), *Dahl's law dictionnairy*, New York, Dalloz-Hein, 3e éd., 2007
- Debard (T.), Guinchard (S.), *Lexique des termes juridiques*, 28e éd., Dalloz, 2020
- Dhuicq (B.), Frison (D.), *Dictionnaire de l'anglais juridique*, Paris, BMS, 2004
- Nicholson (K.), Stevenson (A.), *Dictionnaire juridique-Law dictionnary*, Paris-Edinburgh, Dalloz-Harrap, 2004
- Puigelier (C.), *Dictionnaire juridique*, Bruxelles, Larcier, 2015

- Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001

Droit de la responsabilité (ouvrages généraux)

- Crawford (J.), *State responsibility*, CUP, 2013
- Crawford (J.), Pellet (A.), Olleson (S.), Parlett (K.) (ed.), *The Law of International Responsibility*, OUP, 2010
- Crépet Daigremont (C.), Dreyssé (D.) (ed.), *L'illicite*, Grandes Pages du Droit International, vol. 7, Paris, Pedone, 2021
- Delmas-Marty (M.), Supiot (A.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris, PUF, 2015
- Deroche (A.), *La responsabilité*, Presse Universitaire de Limoges, 2019
- Provost (R.) (ed.), *State Responsibility in International Law*, New York, Routledge, 2016
- Viney (G.), *Traité de droit civil-Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 3e éd, 2006
- Viney (G.), *Traité de droit civil-Introduction à la responsabilité*, Paris, LGDJ, 4e éd, 2019

Responsabilité spatiale et aérienne

- Ahn (J. Y.), *Product Liability in Space Transportation: The Liability of the Manufacturer of Space Object*, Leiden University, The Netherlands, 2005
- Belew (L.), Stuhlinger (E.), *Skylab: a guidebook*, national aeronautics and space administration, 1973
- Bender (R.), *Space Transportation Liability: National and International Aspects*, Kluwer Law International, 1997
- Cheng (B.), *Studies in international space law*, New York, OUP, 2004
- Cherkaoui (H.), *Droit de l'air et de l'espace*, Tunis, Lextenso, 2022
- Christol (C. Q.), *Space law-Past, present and future*, Kluwer, 1991
- Couston (M.), *Droit spatial*, Paris, Ellipses, 2014
- Hurwitz (B. A.), *State Liability for Outer Space Activities: In Accordance with the 1972 Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992

- Jenks (C. W.), *Space Law*, London, Stevens & Sons, 1965
- Kayser (V.), *Launching Space Objects: Issues of Liability and Future Prospects*, Springer, 2010
- Kyriakopoulos (G. D.), Manoli (M.), *The Space Treaties at Crossroads -Considerations* de Lege Ferenda, Springer, 2019
- Lachs (M.), *The Law of Outer Space -An Experience in Contemporary Law-Making*, Boston-Leiden, Martinus Nijhof, 2010.
- Neveu (J.), Godfroid (M.), Frühling (P.), *Précis de droit aérien*, 2e éd., Bruxelles, Bruylant, 200.
- Peyrefitte (L.), *Droit de l'espace*, Paris, Dalloz, 1993
- Ravignon (L.), *Gestion et partage des risques dans les projets spatiaux*: Question d'actualité: 2e Colloque de la Commission spatiale de la Société française de droit aérien et spatial (mercredi 3 octobre 2007), Paris, Pedone, 2008
- Wetterstein (P.) (ed.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and Assessment of Damage*, Oxford, Clarendon Press, 1997
- *Le droit de l'espace et la privatisation des activités spatiales*, SFDI, Paris, Pedone, 2003

Responsabilité nucléaire

- Abraham (M.), *Nuclear Liability: A Key Component of the Public Policy Decision to Deploy Nuclear Energy in Southeast Asia*, the American Academy of Arts and Sciences, 2014
- Albonetti (A.), Belser (W. E.), Berger (R.), *Droit nucléaire européen : colloque de droit nucléaire européen*, Paris, 5-6 mai 1966
- Baer (A.), Stoiber (C.), Pelzer (N.), Tonhauser (W.), *Manuel de droit nucléaire*, AIEA, 2010
- Burns (S.G.), Nick (K.S) (ed.), *Principles and Practice of International Nuclear Law*, OCDE, 2022
- Guézou (O.), Manson (S.) (dir.), *Droit public et nucléaire*, Bruxelles, Bruylant, 2013
- Neri (K.) (ed.), *Le droit international et le nucléaire*, 1re éd., Bruxelles, Bruylant, 2021
- Sébastien (P.), Statius (T.) (dir.), *Toxique. Enquête sur les essais nucléaires français en Polynésie*, PUF, 2021
- Troman (S.), *The Law Applying to Nuclear Installations and Radioactive Substances in its Historic Contex*t, Hart Publishing, 2012

- *International Nuclear Law: History, Evolution and Outlook*, OCDE, 2012
- *Japan's compensation system for nuclear damage*, OCDE, 2012
- *Reform of Civil Nuclear Liability* (Proc. Int. Symp. Budapest, 1999), OCDE, Paris, 2000

Responsabilité du fait de la pollution par les hydrocarbures

- Corbier (I.), *La notion juridique d'armateur,* PUF, 1999
- Du pontavice (E.), *La pollution des mers par les hydrocarbures,* Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1968
- Le Kouviour (K.), *La responsabilité civile à l'épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime*, PUAM, 2007
- Lucchini (L.), Voelckel, (M.) *Droit de la mer*, Paris, Pedone, 1996
- Ryan (M.), *The Clean Water Act Handbook*, 2e éd., American Bar Association, 2003.
- Vincent (P.), *Droit de la mer*, Larcier, 2008
- Wu (C.), *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures*, Paris, Pedone, 1994

Droit de l'environnement et responsabilité environnementale

- Barboza (J.), *The Environment, risk and liability*, Martinus Nijhof, 2011
- Birnie (P.), Boyle (A.), Redgwell (C.), *International law and the environment,* New York, OUP, 3e éd., 2009
- Bowman (M.), Boyle (A.) (ed.), *Environmental damage in international and comparative law*, OUP, 2002
- Cassella (S.), *Global Risks and International Law-The Case of Climate Change and Pandemics*, Brill, 2024
- Delabie (L.), Jamay (F.) (dir.), *Le principe pollueur-payeur, entre continuité et renouveau*, Le Kremlin-Bicêtre, Mare & Martin, 2023
- De Sabran-Pontevès (E.), *les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007
- Hardman Reis (T.), *Compensation for environmental damages under international law*, Wolters Kluwer, 2011
- Francioni (F.), Scovazzi (T.), *International Responsibility for Environmental Harm,* Graham et Trotman, 1991

- Fuchs (O.), *Pour une définition communautaire de la responsabilité environnementale : comment appliquer le principe pollueur-payeur?*, Paris-Budapest -Torino, L'Harmattan, 2003
- Kerbrat (Y.), Maljean-Dubois (S) (ed.), *The transformation of international environnemental law*, Oxford-Paris, Pedone et Hart Publishing, 2011
- Morrison (F.), Rudiger (W.), *International, Regional and National Environmental Law*, Kluwer Law International, 2003
- Razzaque (R.), *Public Interest Environmental Litigation in India, Pakistan and Bangladesh*, Kluwer Law International, 2004
- Sands (Ph.), *Principles of Environmental Law*, Cambridge, CUP, 2003
- Wilde (M.), *Civil Liability for environmental damage*, La Haye, Kluwer, 2002

La théorie du risque

- Dupuy (P-M.), *La responsabilité des États pour les dommages d'origine industrielle et technologique*, Paris, Pedone, 1976
- Mazeau (L.), *La responsabilité civile des professionnels exploitants une activité à risque*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013
- Mbengue (M. M.), *Essai sur une théorie du risque en droit international public*, Paris, Pedone, 2009
- *La réparation des dommages catastrophiques*, Travaux des XIII Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Département de droit international Charles De Visscher, Bruxelles, Bruylant, 1990

Attribution et causalité

- Çali (B.), Kajtár (G.), Milanovic (M.) (ed.), *Secondary Rules of Primary Importance in International Law: Attribution, Causality, Evidence, and Standards of Review in the Practice of International Courts and Tribunal*s, OUP, 2022
- Demaria (T.), *Le lien de causalité et la réparation des dommages en droit international public*, Paris, Pedone, 2021
- Nedeski (N.), *Shared Obligations in International Law*, CUP, 2022
- Nollkaemper (A.), Plakokefalos (I.) (ed.), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, CUP, 2017

Divers

- Aloupi (N.), *La nationalité des véhicules en droit international public*, Paris, Pedone, 2020
- Bailly (V.), *La cessation de l'illicite en droit international*, Paris, Dalloz, 2015
- Bollecker-Stern (B.), *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973
- Bonassies (P.), Scapel (Ch.), *Droit maritime*, 3e éd., LGDJ, 2016
- Cassella (S.), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 2018
- Cutler (C.), Dietz (T.) (ed.), *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*, Routledge Series on the Politics of Transnational Law, 2017
- Cutler (C.), Gill (S.) (ed.), *New Constitutionalism and World Order*, CUP, 2014
- Cutler (C.), *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, CUP, 2003
- Cutler (C.), Haufler (V.), Porter (T.) (ed.), *Private Authority and International Affairs*, State University of New York Press, 1999
- Dreyssé (D.), *Le comportement de la victime dans le droit de la responsabilité internationale*, Paris, Dalloz, 2021
- Forster (N.), *La responsabilité sans faute de l'Union européenne,* Bruylant, 2021
- Koskenniemi (M.), *From Apology to Utopia, The Structure of International Legal Argument*, CUP, 3e éd., 2009
- Koskenniemi (M.), *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007
- Meier (S.), *Indeterminacy of International Law?*, Zurich, Sui generis, 2021
- Mushkat (R.), *International Environmental Law and Asian Values: Legal Norms and Cultural Influences*, UBC Press, 2004
- Polanyi (K.), *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston, Beacon Hill Press, 1944
- Ramon (C.) (dir.), *Derrida : la déconstruction*, Paris, PUF, 2005
- Wyler (E.), *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Graduate Institute Publications, 1990

Thèses de doctorat

- Arhab-Girardin (F.), *Le dommage écologique*, thèse de doctorat soutenue en 1997 à l'Université de Tours
- Breton (C.) *Le dommage dans l'arbitrage d'investissement*, thèse de doctorant soutenue en 2017 à l'Université Paris Nanterre.
- Comiti (A.) *Prévention et réparation du dommage écologique*, thèse de doctorat soutenue en 2000 à l'Université de Lille
- Dalmaso (J.), *La réparation du dommage moral dans l'arbitrage international*, thèse de doctorat soutenue en 2021 à l'Université Paris II
- Horbach (N.), *Liability versus responsibility under international law*, thèse de doctorat soutenue en 1996 à l'Université de Leiden
- Hoss (C.), *Vers un contrôle de la légalité internationale :la réparation du préjudice immatériel dans la responsabilité des États*, thèse de doctorat soutenue en 2005 à l'Université Paris II
- Merlin (C.), *L'équite dans l'ordre juridique international*, thèse de doctorat soutenue en 2020 à l'Université d'Aix-Marseille
- Montel (L.), *La réparation du dommage dans l'arbitrage international (à partir de l'exemple de l'arbitrage international d'investissement),* thèse de doctorat soutenue en 2014 à l'Université Paris II.
- Nègre (C.), *La responsabilité internationale pour les atteintes massives à l'environnement*, thèse de doctorat soutenue en 2003 à l'Université Paris-Nanterre.
- Portier (C.), *Le droit de la responsabilité à l'épreuve des activités de fusion nucléaire, Contribution à l'étude de la responsabilité du fait des activités à risque*, thèse de doctorant soutenue le 30 mars 2022 à Aix-Marseille Université
- Vignon Ollive (B.), *Le principe pollueur-payeur : un état du droit positif*, thèse de doctorat soutenu à l'Université de Nice en 1998

Articles imprimés, chapitres d'ouvrages collectifs et contributions à des colloques

Sources du droit international

- Aloupi (N.), Kleiner (C.), « Le précédent en droit international : technique prénormative ou acte normatif », *in* Aloupi (N.), Kleiner (C.) (dir.), *Le précédent en droit international*, Paris, Pedone, 2016, pp. 15-49
- Carr (C. L.), Scott (G. L.), « Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law », *Denv. J. Int'l L. & Pol'y 71*, vol. 25, n°1, 1996, pp. 71-94
- Malaurie (P.), « Les précédents et le droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, n°2, 2006, pp. 319-326
- Sabharwal (D.), « Treaties are Treaties and Custom is Custom and Never the Twain Shall Meet: The Interplay of Treaties and Custom in International Law », *National Law School of India Review*, vol. 12, n°1, 2000, pp. 113-136
- Zarneshan (S.), « Subsidiary means for identification of rules of international law», *Iranian Review for UN Studies*, vol. 4, n°2, 2022, pp. 123-131

Distinction public-privé

- Blank (Y.), Rosen-Zvi (I.), « The Persistence of the Public/Private Divide in Environmental Regulation », *Theoretical Inq L*, vol. 15, n°1, January 2014, pp. 199-22
- Cutler (C.), « Artifice, Ideology and Paradox: The Public/Private Distinction in International Law », *Review of International Political Economy*, Summer, 1997, vol. 4, n°2, pp. 261-285
- Charlesworth (H.), « Worlds Apart: Public/Private Distinctions in International Law », *in* Thornton (M.) (ed.), *Public and Private Feminist Legal Debates*, OUP, 1995, pp.243-260
- Chinkin (C.), « A critique of the public/private dimension », *EJIL*, 1999, vol. 10 n°2, 387-395
- Cutler (C.), « Artifice, Ideology and Paradox: The Public/Private Distinction in International Law », *Review of International Political Economy*, vol. 4, n°2, Summer, 1997, pp. 261-285

- Engle (K.), « After the Collapse of the Public/Private Distinction: Strategizing Women's Rights », *Studies in Transnational Legal Policy*, vol. 25, 1993, pp. 143-156.
- Mende (J.), « Corporate Human Rights Responsibilities: Dismantling the Public-Private Divide », *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 41, n°3, 2023, pp. 255-264
- Mende (J.), « Business Authority in Global Governance: Companies Beyond Public and Private Roles », *Journal of International Political Theory*, vol.19, n°2, pp. 200-220
- Mende (J.), Anneloes (H.), « The governance authority of non-state actors in the business and human rights regime », *Journal of Human Rights*, vol. 21, n°5, 2022, pp. 593-603
- Olsen (F.), « International Law: Feminist Critiques of the Public/Private Distinction », *Studies in Transnational Legal Policy*, 25, 1993, pp. 157-170.
- Turner (C.), « Law's Public/Private Structure », *Florida State University Law Review*, vol. 39, n°4, Summer 2012, pp. 1003-1076

Responsabilité environnementale

- Agbor (A.), « The Ineffectiveness and Inadequacies of International Instruments in Combatting and Ending the Transboundary Movement of Hazardous Wastes and Environmental Degradation in Africa », *African Journal of Legal Studies*, vol. 9, 2016, pp. 235–267
- Aust (A.), Shears (J.), « Liability for Environmental Damage in Antarctica », *RECIEL*, vol. 5, n°4, 1996, pp. 312-321
- Beck (H.), « Locating Liability for Climate Change: A Comparative Analysis of Recent Trends in Climate Jurisprudence », *Envtl L*, vol. 50, n°3, Summer 2020, pp. 885-918
- Bennett (B.), « Big Oil, Big Liability: Fossil Fuel Companies and Liability for Climate Change Harm », *NZ J Envtl L*, vol. 23, 2019, pp. 153-186
- Boyle (A.), « Transboundary air pollution: a tale of two paradigms », International Conference - Transboundary pollution: evolving issues of international law and policy, 27-28 February 2014, National University of Singapore
- Boyle (A.), « Globalising environmental liability: the interplay of national and international law », *Journal of Environmental Law*, vol. 17, n°1, 2005, pp. 3-26
- Brunnée (J.), « Of Sense and Sensibility: Reflections on International Liability Regimes as Tools for Environmental Protection », *ICLQ*, vol. 53, n°2, avril 2004, pp. 351-367

- Centemeri (L.), « Retour à Seveso: La complexité morale et politique du dommage à l'environnement », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, janvier-mars 2011, 66e Année, n°1, Environnement, pp. 213-240
- Churchill (R.), « Facilitating (Transnational) Civil Liability Litigation for Environmental Damage by Means of Treaties: Progress, Problems, and Prospects », *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 12, n°1, 2001, pp. 3-41
- Cox (RHJ), « The Liability of European States for Climate Change », *Utrecht J Int'l & Eur L*, vol. 30, n°78, 2014, pp. 125-135
- Delache (X.), Erhard-Cassegrain (A.), « Erika : éléments d'évaluation des dommages », *Les données de l'environnement*, Institut français de l'environnement, n°68, juillet-août 2001, pp. 1-4
- Dupuy (P.M), « À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des Etats dans ses rapports avec la protection internationale de l'environnement », *in Les hommes et l'environnement, Mélanges en hommages à Alexandre Kiss*, Paris, Frison-Roche, 1988, pp. 269-283.
- Faure (M. G.), Nollkaemper (A.), « International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change », *Stan. Envtl. L. J.*, vol. 26, 2007, pp. 123-180
- Hanley (N.), « The economic value of environmental damage », *in* Bowman (M.), Boyle (A.), *Environmental damage in international and comparative law*, OUP, 2002, pp. 27-39
- Garofalo (C.), « Climate Change, Responsibility and Liability », *CCLR*, vol. 16, n°4, 2022, pp. 288-289
- Goldie (L. F. E.), « International Principles of Responsibility for Pollution», *Colum J Transnat'l*, vol. 9, n°2, 1970, 283-330
- Gunther (D.), Gehring (Th.), « Private or International Liability for Transnational Environmental Damage - The Precedent of Conventional Liability Regimes », *Journal of Environmental Law*, vol. 2, n°1, 1990, pp. 1-16
- Faure (M.), « Environmental Liability of Companies in Europe », A*riz. J. Int'l & Comp. L.*, vol. 39, n°1, 2022, pp. 1-152
- Flachaire (E.), Hollard (G.), « Une approche comportementale de l'évaluation contingente », *Revue économique*, vol. 57, n° 2, 2006, pp. 315-329

- Handl (G.), « Marine Environmental Damage: The Compensability of Ecosystem Service Loss in International Law », *International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 34, n°4, novembre 2019, pp. 602-641
- Jaitly (A.), Neha (K.), « Liability for Climate Change: Who Pays, How Much and Why », *Rev Eur Comp & Int'l Envtl* L, vol. 1, n°4, 1992, pp. 453-460
- Lyle (J.), « International Liability and Primary Rules of Obligation: An Application to Acid Rain in the United States and Canada », *Ga. J. Int'l & Comp. L*., vol. 13, n°1,1983, pp. 111-134
- Kerbrat (Y.), « State Responsibility and liability for Climate Change Induced Environmental Damages », *in* Yeh (J-R.) (dir.), *Climate Change Liability and Beyond*, Taipeh, National Taiwan University Press, 2017, p. 61-77
- Kerbrat (Y.), « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement », *in* SFDI, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, Pedone, 2010, p. 125-144
- Kerbrat (Y.), Maljean-Dubois (S.), « La C.I.J. face aux enjeux de protection de l'environnement », *RGDIP*, Tome 115, 2011, n°1, pp. 39-75
- Martin (G.), « La responsabilité pour les dommages causés à l'environnement, un sujet toujours d'actualité ? », *Droit et ville*, 1999, tome 47, pp. 79-88
- Massai (L.), « Climate Change Liability: Transnational Law and Practice: Climate Change Liability », *TEL*, vol. 2, n°1, April 2013, pp. 196-198
- Plakokefalos (I.), « Seabed Disputes Chamber of the International Tribunal for the Law of the Sea: Responsibilities and obligations of states sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area Advisory opinion », *Journal of Environmental Law*, vol. 24, n°1, 2012, pp. 133-143
- Robert-Cuendet (S.), « Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone (avis consultatif 1er février 2011) », *AFDI*, vol. 57, 2011, pp. 439-476
- Sandvik (B.), Suikkari (S.), « Harm and reparation in international treaty regimes », *in* Wetterstein (P.) (ed.), *Harm to the Environment: The Right to Compensation and Assessment of Damage*, Oxford, Clarendon Press, 1997
- Schneider (J.), « State responsibility for environmental protection and preservation: ecological unities and a fragmented world public order », *in* Yale Studies on World Public Order, vol. II, 1975, pp. 32-87

- Scovazzi (T.), « State Responsibility for Environmental Harm », *YbIEL*, vol. 12, n°1, 2001, pp. 43–67
- Schwarze (R.), « Liability for Climate Change: The Benefits, the Costs, and the Transaction Costs », *U Pa L Rev*, vol. 155, n°6, June 2007, pp. 1947-1952
- Sigman (H.), « Legal Liability as Climate Change Policy », *U Pa L Rev*, vol. 155, n°6, June 2007, pp. 1953-1960
- Spitzer (M.), Martin, Bernhard (B.), « Liability for Climate Change: Cases, Challenges and Concepts », *JETL*, vol. 8, n°2, November 2017, pp. 137-176
- Weisbach (D.), « Negligence, Strict Liability, and Responsibility for Climate Change », *Iowa L Rev*, vol. 97, n°2, January 2012, pp. 521-566
- Wetterstein (P.), « Current Trends in International Civil Liability For Environmental Damage », *ASICL*, vol. 1, n°1, pp. 181-202

Responsabilité spatiale

- Bosco (J.A.), « Liability of the United States Government for Outer Space Activities which Result in Injuries, Damages or Death According to United States National Law », *Journal of Air Law and Commerce*, vol. 51, 1986-1987, pp. 809-895
- Cassidy (D. E.), « Current Space Insurance: Market Conditions », *Journal of Space Law*, vol. 25, 1997, pp. 155-159
- Cassidy (D. E.), « Allocation of Liabilities between Government and Private Sector and Implications on Insurance for Space Commercialization » *in* Proceedings of the Thirty-Third Colloquium on the Law of Outer Space, 1990
- Cheng (B.), « International Responsibility and Liability for Launch Activities », *Air and Space Law*, vol. 20, n°6, 1995, pp. 297-310
- Christol (C.Q.), « International Liability for Damages Caused by Space Objects », *Am. J. Int'l L.*, vol. 74, n°2, 1980, pp. 346-371
- Burke (J.), « Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects: Definition and Determination of Damages after the Cosmos 954 Incident », *Fordham Int'l L.J.*, vol. 8, n°2,1984, pp. 255-285
- Von der dunk (F.), « Liability for Global Navigation Satellite Services: A Comparative Analysis of GPS and Galileo », *Journal of Space Law*, vol. 30, n°1, 2004, pp. 129-179

- Von der dunk (F.), « The 1972 Liability Convention: Enhancing Adherence and Effective Application », *in* Proceedings of the Forty-First Colloquium on the Law of Outer Space, 1998, 1999, pp. 366-73
- Hobe (S.), « Aerospace Vehicles: Questions of Registration, Liability, and Institutions: A European Perspective », *Annals of Air and Space Law*, vol. XXIX, 2004
- Kozuka (S.), « Third Party Liability Arising from GNSS-Related Services », *international Institute of Space Law*, n°3, 2009, pp. 232-241

Responsabilité nucléaire

- Bagley (D.), « The United States and International Nuclear Civil Liability », *Brook. J. Int'l L.*, vol. 18, n°2, pp. 497-595
- Bianchi (A.), « Environmental Harm Resulting from the Use of Nuclear Power Sources in Outer Space: Some Remarks on State Responsibility and Liability » *in* Francioni (F.), Scovazzi (T.) (ed.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Kluwer, 1991, pp. 231-272
- Colliard (C-A.), « La Convention de Bruxelles relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires », *AFDI*, vol. 8, 1962. pp. 41-64
- Erbasi Cuhadar (A. A.), « Nuclear Plant Operator's Civil Liability in the Framework of International Nuclear Civil Liability », *J. Fac. L. Inonu U.*, vol. 6, 2015, pp. 341-378
- Faure (M.G.), Vanden Borre (T.), « Compensating Nuclear Damage: A Comparative Economic Analysis of the U.S. and International Liability Schemes », *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.*, vol. 33, n°1, 2008, pp. 219-286
- Handrlica (J.), Novotná (M.), « The Vienna convention on civil liability for nuclear damage: past, evolution and perspectives », *Juridical Tribune*, vol. 8, special issue, octobre 2018, pp. 48-63
- Hariharan (A.), « India's Nuclear Civil Liability Bill and Supplier's Liability: One Step towards Modernizing the Outdated International Nuclear Liability Regime », *Wm. & Mary Envtl. L. & Pol'y Rev.*, vol. 36, n°1, 2011, pp. 223-256
- Kingo (H.), Takeshi (Y.), Yoshiaki (S.), Yoshiaki (I.) (1990) « Decommissioning of nuclear ship 'Otto Hahn' », *Dekomisshoningu Giho*, n°2, 1990, pp. 7-15
- Konz (P.), « The 1962 Brussels Convention on the Liability of Operators of Nuclear Ships », *AJIL*, vol. 57, n°1, 1963, pp. 100-111

- Perritano (J.A.), « International Liability for Nuclear Pollution », *Suffolk Transnat'l L.J.* vol. 11, n°1, 1987, pp. 75-104
- Mahith (V. G.), « India's Nuclear Civil Liability Act: A Paradigm Shift from International Nuclear Civil Liability Regime », *International Journal of Law Management & Humanities*, vol. 4, n°3, 2021, pp. 3080-3094
- Phuong (H.), « La responsabilité civile nucléaire: nouvel examen », *AIEA Bulletin*, printemps 1985 , pp. 56-57
- Raetzke (C.), « Nuclear Third Party Liability in Germany », *Nuclear L. Bull.*, vol. 97, 2016, pp. 9-34
- Schmitt (A.), Spaeter (S.), « Risque nucléaire civil et responsabilité optimale de l'exploitant », *Revue économique*, vol. 58, n°6, 2007
- Schuster (Ph.), « Nuclear Ship Pollution: National and International Regulation and Liability », *Envtl. L.*, vol. 5, n°2, 1975, pp. 203-240
- Sovacool (B. K.), « A Critical Evaluation of Nuclear Power and Renewable Electricity in Asia », *Journal of Contemporary Asia*, vol. 40, n°3, août 2010, pp. 369-400
- Strohl (P.) « La convention de 1971 relative à la responsabilité civile dans le domaine des transports maritimes de matières nucléaires », *AFDI*, vol. 18, 1972. pp. 753-784
- Young (W.), « Atomic energy: From "Public" to "private" Power - the US, UK and Japan in Comparative Perspective », *Annales historiques de l'électricité*, n°1, juin 2003, pp. 133-153
- « Progress towards a Global Nuclear Liability Regime », *Nuclear Law Bulletin*, 93, 2014, pp. 9-23

Responsabilité du fait de la pollution par les hydrocarbures

- Allen (J.), « A Global Oil Stain - Cleaning up International Conventions for Liability and Compensation for Oil Exploration/Production », *Australian and New Zealand Maritime Law Journal*, vol. 25, n°1, 2011, p. 90-107
- Bloodworth (S.), « Death on the high seas: the demise of TOVALOP and CRISTAL », *Journal of Land Use & Environmental Law*, printemps 1998, vol. 13, n°2, pp. 443-458
- Bonnassies (P.), « Après l'Erika : les quatre niveaux de réparation des dommages résultant d'une pollution maritime par hydrocarbures », *Revue de Droit Commercial, Maritime, Aérien et des Transports*, vol. 4, 2000

- Boyd (J.), « Global compensation for oil pollution damages: the innovations of the american Oil Pollution Act », *Resources for the future*, pp.1-32
- Bouquet-Elkaïm (J.), « L'affaire de l'Erika l'illustration jurisprudentielle d'une complémentarité entre la convention CLC et le droit commun de la responsabilité », *Revue Européenne de Droit de l'Environnement*, n°3, 2008, pp. 267-276
- Browne (L.), « It's Been 4380 Days and Counting Since EXXON VALDEZ: Is It Time to Change the Oil Pollution Act of 1990 », *Tul. Envtl. L.J.*, n°15, 2001, pp. 97-128
- Burrows (P.); Rowley (Ch.); Owen (D.), « Torrey Canyon: a case study in accidental pollution », *Scottish Journal of Political Economy*, vol. 21, n°3, novembre 1974, pp. 237-258
- Cameron (P.), « Liability for Catastrophic Risk in the Oil and Gas Industry », *International Energy Law Review*, n°6, 2012, pp. 207-219
- De Mestral (A. L. C.), « Prevention of Pollution of the Marine Environment Arising from Offshore Mining and Drilling », *Harv Int'l L J,* vol. 30, n°3, 1979, pp. 469-518
- Delbecque (Ph.), « L'arrêt "Erika" : un grand arrêt de droit pénal, de droit maritime ou de droit civil ? », *Recueil Dalloz*, n°40, 2012
- Garza-Gomez (X.), Lee (Y.G.), Lee (R.), « Ultimate Costs of the Disaster: Seven Years After the Deepwater Horizon Oil Spill », *Corporate accounting and finance*, vol. 29, n°1, janvier 2018, pp. 69-79
- Gold (E.), « Marine pollution liability after Exxon Valdez : The U.S. "All or Nothing Lottery" », *JMLC*, vol. 22, 1991.
- Jacobsson (M.), «The International Liability and Compensation Regime for Oil Pollution from Ships - International Solutions for a Global Problem», *Tul. Mar. L.J.*, vol. 32, n°1, 2007, pp. 1-34
- Lavenue (J-J.), « Pour une responsabilité du propriétaire de la cargaison et des acteurs engagés dans l'activité de transport par mer des hydrocarbures? », 5e Conférence Internationale de Droit Maritime, Le Pirée, 29 septembre au 2 octobre 2004, pp. 1-94
- Lucchini (L.), « Le procès de l'Amoco-Cadiz : présent et voies du futur », *AFDI*, vol. 31, 1985, pp. 762-782
- Murchison (K. M.), « Liability under the Oil Pollution Act: Current Law and Needed Revisions », *La. L. Rev*, vol.71, 2011, pp. 917-956

- Ndende (M.), « L'accident de l'Erika, procédures d'indemnisation des victimes et enjeux judiciaires autour d'une catastrophe pétrolière », *Droit des transports*, 2007, pp. 11-17
- Neudorf (L.), Hunnisett (G.), « Force Majeure Clauses in Comparative Perspective: The Canadian Common Law Approach in Light of Recent Developments in the Courts of Singapore and the United Kingdom», *U.N.B.L.J.*, vol. 65, 2014, pp. 312-318
- Ong (D.), « Regulating Environmental Responsibility for the Multinational Oil Industry: Continuing Challenges for International Law », *International Journal of Law in Context*, vol. 11, n°2, juin 2015, pp. 153-173
- Popp (A. H. E.), « Legal Aspects of International Oil Spills in the Canada/U.S. Context », *Can.-U.S. L.J.*, vol. 18, 1992, pp. 309-326
- Robert (J-H.), « L'affaire du naufrage de l'Erika », *Dalloz RSC*, n°2, 2013
- Robin (C.), « La réparation des dommages causés par le naufrage de l'Erika : un nouvel échec dans l'application du principe pollueur-payeur », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°1, 2003. pp. 31-60
- Savage (T. J.), « North American Oil Pollution: Who is Liable for a Canadian/American Catastrophe? », *Roger Williams University Law Review*, vol. 4, n°1, pp. 335-386
- Sierra Noguero (E.), « Compulsory liability insurances against claims arising from the operation of a vessel », *J.B.L.*, 2011, pp. 682-698
- Tasic (Z.), « Oil pollution liability in the USA », *J.I.B.L.*, vol. 5, n°10, 1990, pp. 401-403
- Terzic (E.), « Les alternatives à l'exclusivité du système CLC FIPOL », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°1, 2009, pp. 5-16
- Vialard (A.), « Faut-il réformer le régime d'indemnisation des dommages de pollution par les hydrocarbures », intervention à l'AFDM, 3 avril 2003, DMF n°637, pp. 435-453
- Wagner (T.), « Recoverable Damages under the Oil Pollution Act of 1990 », *U. S. F. Mar. L. J. 283*, vol. 5, 1993, pp. 2846302.
- Walmsley (D.), « Oil Pollution Problems Arising out of Exploitation of the Continental Shelf: The Santa Barbara Disaster », *San Diego L. Rev.*, vol. 9, n°3, 1972, pp. 514-568
- Wu (C.), « Liability and Compensation for Bunker Pollution », *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 33, n°4, octobre 2002, pp. 553-568

- Zimmermann (J.), « Inadequacies of the Oil Pollution Act of 1990: Why the United States Should Adopt the Convention on Civil Liability », *Fordham international law journal*, 1999, vol. 23, pp. 1499-1539

Autres formes de responsabilité pour risque

- Bergkamp (L), « State Liability for Failure to Control the COVID-19 Epidemic: International and Dutch Law », *Eur J Risk Regul*, avril 2020, n°2, pp.1-7
- Cassella (S.), « D'une Excuse a une Exception: La Légitime Défense depuis 1919 », *Revue Belge de Droit International*, vol. 53, n°1, 2020, pp. 155-166
- Cassella (S.), « Vers un régime de responsabilité de l'Etat pour risques globaux. Réflexions à partir de l'exemple des changements climatiques », *Archives de philosophie du droit*, 2022, tome 63, pp. 207-222
- Cassella (S.), « La responsabilité des Etats et des organisations internationales du fait de la pandémie de Covid-19 », *AFDI*, 2021, vol. 67, pp.51-70
- Cassella (S.), « Les obligations étatiques internationales de protection de la santé face aux risques globaux : quels enseignements de la pandémie de Covid-19 ? », *Revue de l'Académie africaine de la pratique du droit international*, 2020, Spécial Afrique Covid-19 : « la boussole des possibles » face à la Covid-19, pp.34-39
- Goldie (L. F. E.), « Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk », *NYIL*, 1985, vol. 16, pp. 175 - 248
- Jenks (W.) « Liability for Ultra-Hazardous Activities in International law », *RCADI*, vol. 117, 1966, I, pp. 105-196
- Jones (W. K.) « Strict Liability for Hazardous Enterprise », *Col. L. R.*, vol. 92, n°7, novembre 1992, pp. 1705-1779.
- Kelson, (J. M.), (1972). « State responsibility and the abnormally dangerous activity », *Harv Int'l L J*, vol. 13, n°2, 197-244
- Miroslav Stevanovic (M.), Djurdjevic (D.), « Potential international liability of states for their acts in facing COVID-19 pandemic », *Megatrend revija*, vol. 19, n°3, janvier 2022, pp. 155-170
- Ormsbee (M. H.), « State Liability for a Mishandled Response: Strategic Remedies on the Heels of COVID-19 », *Marq L Rev*, vol. 104, n°1, Fall 2020, pp. 227-246
- Reid (E.), « Liability for Dangerous Activities: A Comparative Analysis », *I.C.L.Q*, vol. 48, n°4, 1999, pp. 731-756

- Tharakan (S. M.), Hart (N. M.), « Liability Issues Related to COVID-19 Vaccine Manufacturing and Global Distribution », Congressional Research Service, 19 juillet 2021

Fait générateur, dommage et attribution

- Álvarez Ortega (E-L), « The Attribution of International Responsibility to a State for Conduct of Private Individuals within the Territory of Another State », *InDret*, vol. 1, 2015
- Cassese (A.), « The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia », *EJIL*, vol. 18, n°4, septembre 2007, pp. 649–668
- Dupuy (P-M.), « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », *RCADI*, tome 188, 1984, 13-133
- Frappier (M.), « Le fait générateur de la responsabilité: le risque comme alternative à l'illicite? (Georges Scelle, Milfred Jenks) », *in L'illicite*, Grandes pages du droit international, vol. 7, Paris, Pedone, 2021, pp. 115-162
- Meunier (H.), « Le fondement de la protection diplomatique : Pour une nouvelle approche au moyen de la distinction entre préjudice et dommage », *AFDI*, vol. 59, 2013, pp. 223-255
- Poupard (M.), « La distinction entre le dommage et le préjudice », *Revue juridique de l'Ouest*, 2005, vol. 2. pp. 187-233
- Stern (B.), « Et si on utilisait la notion de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la C.D.I sur la responsabilité des États », *AFDI*, vol. 47, 2001, pp. 3-44

Divers

- Barboza (J.), « La responsabilité "causale" à la Commission du Droit international », *AFDI*, vol. 34, 1988, pp. 513-522
- Barboza (J.), « Liability: Can We put the Humpty-Dumpty together again? », *Chinese Journal of International Law*, vol. 1, n°2, 2002, pp. 499-526
- Besson (S.), « La Due Diligence En Droit International », *RCADI*, Tome 409, Brill-Nijhoff, 2019, pp. 153-398

- Bougrab (J.), Didier (M.), « Le conseil constitutionnel et le gouvernement des juges » *in* Bougrab (J.), Didier (M.) (ed.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2005, pp. 361-372
- Boyle (A.), « State responsibility and international liability for injurious consequences of acts not prohibited by international law a necessary distinction », *ICLQ*, vol. 39, n°1, 1990, pp.1-26
- Cassella (S.), *La nécessité en droit international : de l'état de nécessité aux situations de nécessité*, Boston-Leiden, Martinus Nijhoff, 2011
- D'Argent (P.), « Les obligations internationales », *RCADI*, vol. 417, 2019, pp. 21-204
- Décaux (E.), « Responsabilité et Réparation », *in* colloque du Mans, S.F.D.I., Paris, Pedone 1991, pp.147-190
- Derrida (J.), « Qu'est-ce que la déconstruction ? », *Commentaire*, vol. 108, n°4, 2004, pp. 1099-1100.
- Dreysse (D.), Cahin (G.), Lagrange (É.), « Immunités des organisations internationales : l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, Jam et al. v. international finance corp », *AFDI*, vol. 65, 2019, pp. 238-252
- Dupuy (P-M.), « Due Diligence in the International Law of Liability », *in Legal aspects of transfrontier pollution*, OCDE, 1977, pp.369-379
- Eyl-Mazzega (M-A.), Cassignol (E.), « Géopolitique du dessalement d'eau de mer », *Études de l'Ifri*, septembre 2022
- Dupuy (R-J.), « Image de George Scelle », *EJIL*, 1990, vol. 1, n°2, p. 235-239
- Goldie (L.F.E.) « Liability for damage and the progressive development of international law », *ICLQ*, vol. 14, n°4, 1965, 1189-1264
- Grondin (J.), « La définition derridienne de la déconstruction-Contribution au rapprochement de l'herméneutique et de la déconstruction », *Archives de philosophie*, vol. 62, n°1, 1999, pp. 5-16
- Koskenniemi (M.), « The politics of international law », *EJIL*, vol. 1, n°1, 1990, pp. 4-32
- Koskenniemi (M.), « The Fate of Public International Law - Between Technique and Politics », *MLR*, vol. 70, n°1, 2007, pp. 1-30
- Le Pourhiet (A-M.), « Gouvernement des juges et post-démocratie », *Constructif*, vol. 61, n°1, 2022, pp. 45-49

- Litvinenko (V.), « The Role of Hydrocarbons in the Global Energy Agenda: The Focus on Liquefied Natural Gas », *Resources*, vol. 9, n°5, 2020, pp. 1-22
- Pellet (A.), « Remarques sur une révolution inachevée – Le projet de la C.D.I. sur la responsabilité des États », *AFDI*, vol. 42, 1996, pp. 7-32
- Rolland (P.), « Faut-il craindre le gouvernement des juges ? » *in* Michel Wieviorka (M.) (éd), *Rendre (la) Justice*, Éditions Sciences Humaines, 2013, pp. 159-169
- Sharifi Rayeni (A.), « L'équité et l'exploitation des ressources d'hydrocarbures partagées dans le golfe persique », *AFRI*, vol. XXV, 2024, pp. 751-764
- Terré (D.), « Le gouvernement des juges » *in* Terré (D.), *Les questions morales du droit*, PUF, 2007, pp. 167-191
- Troper (M.), Pfersmann (O.), « Existe-t-il un concept de gouvernement des juges ? » *in* Brondel (S.) *et al.* (ed.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Éditions de la Sorbonne, 2001, pp. 21-62
- Sompong (S.), « State Responsibility and International Liability under International Law », *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.*, vol. 18, n°4, septembre 1996, pp. 821-840
- Wyler (E.), « From "state crime" to responsibility for "serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law"», *EJIL*, vol. 13, n°5, 2002 pp. 1147-1160

Articles en ligne

- Antonia (M.), Bönnemann (M.), « The Transformation of European Climate Change Litigation: Introduction to the Blog Symposium», [https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2024/04/09/the-transformation-of-european-climate-change-litigation-introduction-to-the-blog-symposium/]
- Artnz (S.), Krommendijk (J.), « Historic and Unprecedented-Climate Justice in Strasbourg », [https://verfassungsblog.de/historic-and-unprecedented/]
- Kosolapova (E.), « ICJ to Rule on States' Climate-related Obligations: How Did We Get Here? », [https://sdg.iisd.org/commentary/policy-briefs/icj-to-rule-on-states-climate-related-obligations-how-did-we-get-here/]
- Banuelos (A. C.), Tigre (M. A.), « The ICJ's Advisory Opinion on Climate Change: What Happens Now? »,

[https://blogs.law.columbia.edu/climatechange/2023/03/29/the-icjs-advisory-opinion-on-climate-change-what-happens-now/]

- Recio (E.), « Ongoing Climate Proceedings: Setting the Stage for ICJ's Opinion », [https://sdg.iisd.org/commentary/policy-briefs/ongoing-climate-proceedings-setting-the-stage-for-icjs-opinion/]
- Riemer (L.), Scheid (L.), « Leading the Way-The IACtHR's Advisory Opinion on Human Rights and Climate Change », [https://verfassungsblog.de/leading-the-way/]
- Carlos Lima (L.), « Balancing the Arguments Before the Inter-American Court on the Climate Emergency and Human Rights Advisory Proceedings », [http://opiniojuris.org/2024/05/31/balancing-the-arguments-before-the-inter-american-court-on-the-climate-emergency-and-human-rights-advisory-proceedings/]
- Boughriet (R.), « Pollution par les hydrocarbures de soute : la convention "'Bunker" bientôt ratifiée par la France », [https://www.actu-environnement.com/ae/news/convention_responsabilite_civile_dommages_pollution_hydrocarbures_soute_rapport_dufau_9432.php4]
- Coussy (B.), « Régime de responsabilité civile en cas de pollution marine par des hydrocarbures », [https://blogavocat.fr/space/benoit.coussy/content/regime-de-responsabilite-civile-en-cas-de-pollution-marine-par-des-hydrocarbures_e61df97b-5420-4b43-91c3-11a505a8f9c7]
- Fosseprez (B.), « L'affaire du Prestige ou les limites des règles de la responsabilité civile en matière d'indemnisation du dommage écologique », http://www.justice-en-ligne.be/article602.html
- Fosseprez (B.), « Les rebondissements de l'affaire du Prestige : le capitaine finalement condamné aux côtés du propriétaire et de l'assureur du navire », http://www.justice-en-ligne.be/article847.html
- Gold (E.), « Liability and Compensation for Ship-Source Marine Pollution: The International System», [http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.614.9941&rep=rep1&type=pdf]
- Monteiro (E.), « Le renforcement de la responsabilité pénale en matière de pollution maritime », [http://journals.openedition.org/vertigo/10184?lang=pt]
- Ocba (B.), « La responsabilité du propriétaire de navire (établissement de crédit) sous la nouvelle loi N°2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité

environnementale », [https://www.village-justice.com/articles/responsabilite-proprietaire-navire,4725.html]
- Schnapf (L.), « Oil Pollution Act: An overview for the business lawyer », [https://apps.americanbar.org/buslaw/blt/content/2010/10/0002a.pdf]
- Thoulin, (B.), « L'indemnisation du préjudice économique », [https://wwz.cedre.fr/content/download/1038/9345/file/12_thouillin.pdf]
- Askary (P.), « The ILC Work on the General Principles of Law and its Implications for the Coherence of the International Legal System », [http://opiniojuris.org/2023/05/22/the-ilc-work-on-the-general-principles-of-law-and-its-implications-for-the-coherence-of-the-international-legal-system/]
- Abraham (M.), « Nuclear Liability: A Key Component of the Public Policy Decision to Deploy Nuclear Energy in Southeast Asia », [https://www.amacad.org/publication/nuclear-liability-key-component-public-policy-decision-deploy-nuclear-energy-southeast/section/4]
- Delzangles (B.), Grosbon (S.), « Entreprises et droits de l'Homme », [http://journals.openedition.org/revdh/3674] ; DOI : [https://doi.org/10.4000/revdh.3674]
- Knetsch (J.), « La responsabilité civile nucléaire en Europe : Union ou confusion ?», la version écrite d'une conférence donnée le 15 juillet 2016 à Osaka, [http://www.kansai-u.ac.jp/ILS/publication/asset/nomos/39/nomos39-03.pdf]

Chronique de faits et de la jurisprudence

Chronique de faits

- Daugridas (K.) Mortenson (J. D.) (ed.), « The United States Makes Payment to Family of Italian Killed in CIA Air Strike », *AJIL*, vol. 111, n°1, janvier 2017, pp. 188-196
- Maisonnave (S.), « Objets et débris spatiaux: responsabilité et rentrée incontrôlée dans l'atmosphère », *RGDIP*, Tome 125, 2021, n°3, pp. 575-578
- Marcotti (C.), « Afrique du sud/ États-Unis, Différend sur la restitution de débris spatiaux », *RGDIP*, vol. 3, Tome CV, 2001, p. 728-730
- Sabharwal (D.), « United States and France Sign Agreement to Compensate Holocaust Victims », *AJIL*, vol. 110, n°1, janvier 2016, pp. 117-119

Chronique de jurisprudences

- Castellarin (E.), « Responsabilité à raison d'opérations engagées à l'étranger et contrôle des opérations militaires », *RGDIP*, Tome 119, n°4, 2015, pp. 860-861
- Ferrero (J.), Chronique de jurisprudence internationale, la Cour européenne des droits de l'homme, *RGDIP*, Tome 124, n°3, 2024, pp. 176-182
- Kerbrat (Y.), chronique sur l'affaire *Urgenda*, *RGDIP*, Tome 124, n°3, pp. 762-765

Travaux de la CDI

Projets de principes, d'articles et de conclusions

- Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs, *ACDI*, 2001, vol. II (2), pp. 405-470
- Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, *ACDI*, 2006, vol. II (2), pp. 60-95
- Projet d'articles sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, *ACDI*, 2001, vol. II (2), doc. A/CN.4/SER.A/2001/Add.1, pp. 31-155
- Projet de conclusion de sur la détermination du droit international coutumier et commentaires y relatifs, *ACDI*, 2018, vol. II (2), pp. 129-166

Rapports des rapporteurs spéciaux

Quentin-Baxter

- *Premier rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Quentin-Baxter (R.Q), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/334, 1980
- *Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Quentin-Baxter (R.Q), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/346, 1981

- *Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Quentin-Baxter (R.Q), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/360, 1982
- *Quatrième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Quentin-Baxter (R.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/373, 1983
- *Cinquième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Quentin-Baxter (R.), rapporteur spécial,1984, doc. A/CN.4/383, 1984

Julio Barboza

- *Premier rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/394, 1985
- *Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/402, 1986
- *Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/405, 1987
- *Quatrième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/413, 1988
- *Cinquième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/423, 1989
- *Sixième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/428, 1990
- *Septième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/437, 1991

- *Huitième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/443, 1992
- *Neuvième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/450, 1993
- *Dixième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Barboza (J.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/459, 1994
- *Onzième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, Barboza (J.)*, rapporteur spécial, doc. A/CN.4/468, 1995
- *Douzième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, Barboza (J.)*, rapporteur spécial, doc. A/CN.4/475, 1996

Rao

Les rapports sur la responsabilité

- *Premier rapport sur le régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses*, Rao (P. S.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/540, 2003
- *Deuxième rapport sur le régime juridique de la prise en charge de la perte en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses*, Rao (P. S.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/540, 2004
- *Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, Rao (P. S.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/566, 2006

Les rapports sur la prévention

- *Premier rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*

(prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses), Rao (P. S.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/487, 1998

- *Deuxième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)*, Rao (P. S.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/501, 1999
- *Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)*, Rao (P. S.), rapporteur spécial, doc. A/CN.4/510, 2000

Rapports des groupes de travail

- *Rapport du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, 1978, doc. A/CN.4/L.284
- *Rapport du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, reproduit dans l'*ACDI*, 1996, vol. II (2, doc. A/CN.4/L.533 and Add.1
- *Rapport du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, doc. A/CN.4/L.536, 17 juin 1997

Rapports de la CDI sur ses travaux

- *Rapport de la Commission du droit international pour sa 74e Session*, doc. A/78/10, 2023
- *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-neuvième session* (12 mai – 18 juillet 1997), Extrait de l'*ACDI* :1997, vol. II(2, Doc. A/52/10

Documents du Secrétariat des Nations Unies

- *Étude de la pratique des États concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, étude établie par le Secrétariat, doc. A/CN.4/384, 1985
- *Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international »*, étude établie par le Secrétariat, doc. A/CN.4/471, 1995
- *Étude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses),* étude établie par le Secrétariat, doc. A/CN.4/543, 2004

Les retours et commentaires des gouvernements

- Commentaires et observations reçus des gouvernements, Doc. A/CN.4/515 et Add.1 à 3, 19 mars, 3 avril, 1er mai et 28 juin 2001
- Commentaires et observations reçus des gouvernements, Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, doc. A/CN.4/562, 27 janvier 2006

Annuaire de la CDI (hors rapports des rapporteurs spéciaux)

- *ACDI*, vol. II (2), doc. A/42/10, 1987
- *ACDI*, vol. II (2), doc. A/48/10, 1993
- *ACDI*, vol. II (2), doc. A/51/10, 1996
- *ACDI*, vol. II (2), doc. A/CN.4/SER.A/2000/Add.1, 2000

Travaux de la CDI sur les principes généraux du droit

- Texte du projet de conclusions provisoirement adopté par le Comité de rédaction en première lecture, Doc. A/CN.4/L.982, 12 mai 2023

Travaux de la CDI sur les moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international

- *Premier rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international*, Jalloh (C. C.), Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/760, 2023, pp. 1-137
- *Deuxième rapport sur les moyens auxiliaires de détermination des règles de droit international*, Jalloh (C. C.), Rapporteur spécial, doc. A/CN.4/769, 2024, 2024, pp. 1-75

Conventions internationales

Conventions conclues sous l'égide de l'OMI

- Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures
- Convention internationale de 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures
- Convention de 1992 sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique
- Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures de soute
- Convention d'Athènes relative au transport par mer de passagers et de leurs bagages
- Convention internationale de Nairobi sur l'enlèvement des épaves

Conventions en matière nucléaire

- Convention de 1997 sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires
- Convention de Paris de 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire
- Convention de Paris de 2004 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire
- Convention du 31 janvier 1963 complémentaire à la Convention de Paris du 29 juillet 1960, amendée par le Protocole additionnel du 28 janvier 1964 et par le Protocole du 16 novembre 1982

- Exposé de motif de la Convention Paris, 16 novembre 1982, approuvé par le Conseil de l'OCDE
- Exposé des Motifs de la Convention de Paris, 19 février 2020, doc. NEA/NLC/DOC (2020)1, Agence pour l'énergie nucléaire
- Exposé des Motifs de la Convention de Paris telle que modifiée par les Protocoles de 1964, 1982 et 2004, 7 juin 2024, doc. NEA/NLC/DOC (2020)1/REV1/FINAL

Conventions en matière de l'espace extra-atmosphérique

- Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, Conclue à Londres, Moscou et Washington le 29 mars 1972
- Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, 27 janvier 1967
- Convention sur l'immatriculation des objets lancés dans l'espace extra-atmosphérique New York, 12 novembre 1974

Autres Conventions

- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982
- Traité international de 2023 pour la protection de la haute mer et de la biodiversité marine
- Convention de 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels
- Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki)
- Protocole de 2003 sur la responsabilité civile et l'indemnisation en cas de dommages causés par les effets transfrontières d'accidents industriels sur les eaux transfrontières (Protocole de Kiev)
- Convention de 1993 sur la responsabilité civile pour les dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (Convention de Lugano)
- Convention de 1972 pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel,
- Protocole de 1999 sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages résultant de mouvements transfrontières et de l'élimination de déchets dangereux (Protocole de Bâle)

Rapports et documents officiels

- IMO, *Status of international treaties*, 18 mars 2024
- « Price-Anderson Act: Nuclear Power Industry Liability Limits and Compensation to the Public After Radioactive Releases », Congressional research service, 25 janvier 2024
- CIVEN, Rapport d'activité 2022
- Principe du pollueur-payeur : une application incohérente dans les différentes politiques et actions environnementales de l'UE, rapport spécial 12, Cour des comptes européenne, 2021
- Burke (R.), Lattimer (M.), Reparations for civilian harm from military operations: Towards a UK policy, Ceasefire Centre for Civilian Rights, décembre 2021
- Samet (J.), Seo (J.), The Financial Costs of the Chernobyl Nuclear Power Plant Disaster: A Review of the Literature (Report), USC Institute on Inequalities in Global Health, 21 April 2016
- Report of the Conference of the Parties to the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal on its ninth meeting, Ninth meeting, Bali, 23-27 June 2008, doc. UNEP/CHW.9/39
- *Manuel des demandes d'indemnisation*, adopté par l'Assemblée du Fonds en octobre 2004 et modifié en juin 2007, publication du FIPOL, 1992, décembre 2008
- Commission Économique pour l'Europe, Comité des transports intérieurs, Doc. TRANS/WP.15/2001/17/Add.8, 13 septembre 2001
- Study on the valuation and restoration of biodiversity damage for the purpose of environmental liability, n°B4-3040/2000/265781/MAR/B3, 2001
- Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément°10 (A/56/10), 2001
- The 1997 Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage and the 1997 Convention on Supplementary Compensation for Nuclear Damage, Explanatory Texts, IAEA International Law Series No. 3 (Rev. 2)
- The Chernobyl accident: updating of INSAG-1, INSAG-7, a report by the International Nuclear Safety Advisory Group, Safety Series No. 75-INSAG-7, 1992

- INSAG-1, Rapport récapitulatif sur la réunion d'analyse de l'accident de Tchernobyl, STI/PUB/740, Collection INSAG n°1, STI/PUB/740,1987
- Jenks (W.), Rapporteur, Le régime juridique de l'espace, *Annuaire de l'Institut de droit internationa*l, 1963

Jurisprudence

Cour permanente de Justice internationale

- CPJI, *Usine de Chorzow*, Arrêt sur le fond, 13 septembre 1928, *Recueil des arrêts*, série A, n°17
- CPJI, *Mavromatis*, 30 août 1924, *Recueil des arrêts*, série A, n°2

Cour internationale de Justice

Arrêts

- CIJ, *Question de la délimitation du plateau continental entre le Nicaragua et la Colombie au-delà de 200 milles marins de la côte nicaraguayenne* (Nicaragua c. Colombie), arrêt du 13 juillet 2023
- CIJ, *Différend concernant le statut et l'utilisation des eaux du Silala* (Chili c. Bolivie), arrêt du 1 décembre 2022, *C.I.J. Recueil 2022*, p. 614
- CIJ, *Délimitation maritime dans la mer des Caraïbes et l'océan Pacifique* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Frontière terrestre dans la partie septentrionale d'Isla Portillos* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt du 2 février 2018, *C.I.J. Recueil 2018*, p. 139
- CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua) et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica), arrêt du 16 décembre 2015, *C.I.J. Recueil 2015*, p. 665
- CIJ, *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie ; Grèce (intervenant)), arrêt du 3 février 2012, *C.I.J. Recueil 2012*, p. 99
- CIJ, *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo*, avis consultatif du 22 juillet 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 403
- CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay* (Argentine c. Uruguay), arrêt du 20 avril 2010, *C.I.J. Recueil 2010*, p. 14

- CIJ, *Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes* (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt du 13 juillet 2009, *C.I.J. Recueil 2009*, p. 213
- CIJ, *Affaire relative à l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt du 26 février 2007, *C.I.J. Recueil 2007*, p. 43
- CIJ, *Avena et autres ressortissants mexicains* (Mexique c. États-Unis d'Amérique), arrêt du 31 mars 2004, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 213
- CIJ, *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt du 14 février 2002, *C. I. J. Recueil 2002*, p. 3
- CIJ, *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (Qatar c. Bahreïn), fond, arrêt du 16 mars 2001, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 40
- CIJ, *Projet Gabčikovo-Nagymaros* (Hongrie c. Slovaquie), arrêt du 25 septembre 1997, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7
- CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14
- CIJ, *Golfe de Maine* (Canada c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt du 12 octobre 1984, *C. I. J. Recueil 1984*, p. 35
- CIJ, *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), arrêt du 20 décembre 1974, *C. I. J. Recueil 1974*, p. 457
- CIJ, *Compétence en matière de pêcheries* (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt du 25 juillet 1974, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 175
- CIJ, *Nottebohm* (exception préliminaire), arrêt du 18 novembre 1953, *C.I.J. Recueil 1953*, p. 111
- CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord* (RFA c. Danemark ; RFA c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3
- CIJ, *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt du 9 avril 1949, *C. I. J. Recueil 1949*, p.35

Avis consultatifs

- CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226

Ordonnances et mémoires

- CIJ, *Épandages aériens d'herbicides* (Équateur c. Colombie), mémoire de l'Équateur, 28 avril 2009
- CIJ, *Incident aérien du 3 juillet 1988* (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), ordonnance du 22 février 1996, *CIJ Recueil 1996*, p. 9
- CIJ, *Essais nucléaires* (Australie c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *C.I. J. Recueil 1973*, p. 99
- CIJ, *Essais nucléaires* (Australie c. France), requête à fin d'intervention, ordonnance du 12 juillet 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 320
- CIJ, *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, *C.I.J. Recueil 1973*, p. 135
- CIJ, *Essais nucléaires* (Nouvelle-Zélande c. France), demande en indication de mesures conservatoires soumise par le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, 9 mai 1973

Tribunal International du droit de la Mer

- TIDM, *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission des petits états insulaires sur le changement climatique et le droit international*, avis consultatif, 21 mai 2024, affaire n°31
- TIDM, *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1er février 2011, *TIDM Recueil 2011*, p. 10

Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, *Hanan c. Allemagne*, arrêt de la Grande Chambre, Requête n°4871/16, 16 février 2021
- CEDH, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c/ Suisse*, Requête n° 53600/20, 9 avril 2024

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

TPIY, l'affaire *Tadic*, arrêt sur le fond, 15 juillet 1999, TPIY-94-1-A

Sentences arbitrales

- Affaire *Rockhopper Exploration Plc, Rockhopper Italia S.p.A. and Rockhopper Mediterranean Ltd C. Italie*, arbitrage CIRDI n°ARB/17/14, 23 août 2022
- Affaire *In the Matter of the People of Enewetak, ILM*, vol. 39, n°5, septembre 2000, p. 1214
- Affaire *concernant l'application de la Convention du 3 décembre 1976 relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures et du Protocole additionnel* (France c. Pays-Bas), 25 septembre 1991
- Affaire *Fonderie de Trail* (États-Unis d'Amérique c. Canada) (2e sentence), *RSA*, vol. III, p. 1965
- Affaire *Lac Lanoux* (France c. Espagne), 16 novembre 1957, *RSA*, vol. XII, p. 281
- Affaire *Caire* (Estate of Jean-Baptiste Caire (France) v. United Mexican States), 7 juin 1929, *RSA*, vol. V, p. 516
- Affaire *l'île de Palmas* (Pays-Bas c. États-Unis), 4 avril 1928, *RSA*, vol. II, p. 829
- Affaire *Gadino*, *RSA*, vol. XV, 1901, p. 414
- Affaire *Lacaze*, *Recueil des arbitrages internationaux*, vol. 2, n°6, 1923, p. 297

Juridictions internes

- Cour suprême des Pays-Bas, *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*, n°19/00135, 20 décembre 2019
- Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Jam et al. v. International Finance Corp.*, arrêt du 27 février 2019, 586 USC (2019), p. 15
- Cour de Cassation, *Erika*, Chambre criminelle, arrêt n° 3439 du 25 septembre 2012, Pourvoi n° 10-82.938
- Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Exxon Shipping Company, et al. v. Grant Baker, et al, 554 U.S. 471,128 S.Ct. 2605, 171 L.Ed.2d, 570*, 2008
- House of Lords, *R v. Bartle ex parte Pinochet Ugarte; R v. Evans ex parte Pinochet Ugarte* (No. 1) (Amnesty International and others intervening) [1998] 3 WLR 1456
- Cour suprême de l'Inde, *Union Carbide Corporation v. Union of India and others*, All India Reports, 1990 SC 273
- House of Lord, *Rylands v. Fletcher*, 17 juillet 1868, [1868] UKHL 1, (1868) LR 3 HL 330

- Cour suprême de Californie, *Greenman v. Yuba Power Products, Inc*. (1963) 59 Cal.2d 57 [27 Cal.Rptr. 697, 377 P.2d 897]

Principaux sites internet

- Site de la bibliothèque du Palaix de la Paix [https://peacepalacelibrary.nl/]
- Site de la Commission du droit international, [http://legal.un.org/ilc/]
- Site de la Cour internationale de justice, [http://www.icj-cij.org/fr]
- Site de l'Encyclopédie Max Planck en droit international [https://opil.ouplaw.com/home/mpil]
- Site du Westlaw international, [http://westlawinternational.com/]
- Site du Heionline, [https://heinonline.org/HOL/Welcome]
- Site d'Oxford Scholarly authorities on international law, [https://academic.oup.com/oxford-scholarly-authorities-international-law]

Index

Les chiffres renvoient aux numéros de pages correspondant. Pour les mots très fréquents, seuls les passages les plus importants sont mentionnés.

A

activités nationales, 291, 292
aéronef, 369, 371, 431, 458
affréteur, 359, 360, 361, 362, 363, 433, 434, 448
Antarctique, 29, 70, 71, 72
assurance, 70, 74, 75, 122, 273, 295, 300, 325, 331, 333
attribution, 90, 341, 387, 427

B

bon voisinage, 121, 159, 174, 280

C

canalisation, 292, 294, 330, 331, 340, 443
canalisation économique, 331, 443, 453
changement climatique, 132, 133, 208, 209, 218, 220, 221, 517
Commission *ad hoc*, 312
consentement, 96, 136, 157, 163, 164, 312, 348, 376, 458
contentieux climatique, 133, 209, 217, 220, 281
contentieux international, 181, 183, 311, 490
contingence, 155, 171, 173, 214, 280
critère de rattachement, 294, 329, 443, 461, 468, 474, 477

D

déchets dangereux, 29, 60, 73, 74, 75, 76, 133, 219, 407, 513
délai de prescription, 141, 314
développement progressif, 32, 239, 244, 248, 255, 262, 277, 281, 348, 381, 413, 425, 426
diligence due, 97, 149, 159, 204, 206, 207, 209, 219, 230, 248, 302, 343
dommage environnemental pur, 401
dommage moral, 384, 387, 390, 418, 420, 491
dommage nucléaire, 66, 327, 330, 331, 334, 339, 404, 447, 456

E

égalité souveraine, 91, 168, 173, 177, 245, 246, 280
équité, 155, 224, 266, 271, 280, 318
État de lancement, 293, 294, 296, 298, 300
évaluation des dommages environnementaux, 415, 417
évaluation économique, 393, 415
évaluation financière, 393, 394, 398

F

faute de la victime, 272, 307, 328, 356, 367, 371
Fonds complémentaire, 348, 350, 351, 356, 363, 366, 446
fonds d'indemnisation, 273, 343, 344, 347, 364
force majeure, 157, 158, 159, 163, 164, 302
fragmentation, 184, 370, 477, 481

I

immatriculation, 86, 203, 294, 298, 299, 374, 513
immunité, 68, 90, 336, 341, 342
Immunité, 91
imputation, 170, 427, 469
incertitude, 130, 131, 173, 214, 217, 235, 279, 396, 469
installation nucléaire, 66, 328, 330, 335, 338, 431

N

navire, 61, 67, 68, 346, 351, 354, 358
négligence, 23, 118, 356, 372, 395, 447, 467
niveau de la diligence, 202, 204, 206, 211, 235

O

obligation de prévention, 27, 61, 124, 202, 213, 225, 230
organisation internationale, 292, 296, 297, 298, 386

P

paiement *ex gratia*., 54, 136, 152, 175
pandémie, 16, 161, 501
plafonnement, 273, 306, 345, 363, 364, 379, 447
préjudice juridique, 384, 385, 389, 390, 396, 502
principes généraux de droit, 49, 50, 111, 179
proportionnalité, 130, 132, 145, 146, 147, 149, 155, 173, 271, 280
protection diplomatique, 311, 313, 316, 320, 384, 387, 390, 396, 502
proximate cause, 464, 465, 466, 472, 474

R

réciprocité, 301, 303, 327
réparation intégrale, 111, 115, 141, 193, 268, 270, 272, 359
res judicata, 275, 316
responsabilité absolue, 22, 23, 301, 321, 445
responsabilité complémentaire, 122, 301, 343, 438, 439
responsabilité garantie, 78, 333, 344, 345
responsabilité solidaire, 295, 340, 358, 376, 432, 454
responsabilité stricte, 22, 23, 206, 328
restitutio in integrum, 246
risques industriels, 28, 109, 368

S

strict liability, 17, 22, 23, 26, 328, 355, 534

T

théorie du risque, 108, 109, 233, 301, 328

transporteur, 329, 330, 332, 348, 351, 357, 358

U

ultra-dangereuse, 31, 211, 270, 288

V

variabilité, 203, 204, 206, 209, 235

Z

Zone, 205, 206, 207, 288, 411

Table des matières

Liste des principaux acronymes et abréviations 11
Sommaire 13
Introduction 15
§1 : La définition et les précisions terminologiques 19
A. La responsabilité et l'obligation juridique 19
B. La responsabilité objective en droit international 21
1. Les dénominations à réfuter 21
2. Les dénominations à retenir 24
§2 : La délimitation du sujet 26
§3 L'état de la doctrine sur le sujet 30
§4 La méthodologie adoptée et les influences doctrinales 39
§5 La problématique 41
§6 La thèse défendue 42
§7 L'annonce du plan 44
Première partie : La place de la responsabilité objective en droit international non-conventionnel 47
Titre I : La place de la responsabilité objective dans le droit international coutumier 52
Chapitre 1 : La coutume représentée à travers les conventions internationales 55
Section 1 : La généralisation des normes conventionnelles 57
§1 L'étendue de l'admission de la responsabilité objective 59
A. L'exemple unique de la responsabilité étatique 59
B. Les instruments de la responsabilité civile 60
1. Les instruments de l'OMI 61
2. Les instruments portant sur l'énergie nucléaire 63
3. La Convention de 1962 portant sur les navires nucléaires 66
4. La responsabilité aérienne 68
5. La responsabilité ferroviaire 69
6. Les instruments portant sur la protection de l'environnement 70
7. Les instruments sur les déchets dangereux et le transport des matières dangereuses 73
8. Les instruments basés sur l'obligation de prévention 76

§2 L'incidence des réserves 76
Conclusion de la Section 1 80
Section 2 : Une critique de la distinction entre la responsabilité civile et étatique 82
§1 La critique appliquée aux droits conventionnels 83
A. L'insuffisance liée aux plafonds privés 83
B. L'insuffisance liée à la confusion entre les acteurs public et privé 89
§2 La critique théorique plus large 94
A. Une distinction politique 94
B. Une distinction profitant aux parties privilégiées 96
C. Une distinction dépassée 99
Conclusion de la Section 2 104
Conclusion du Chapitre 1 105
Chapitre 2. La coutume représentée à travers la pratique non conventionnelle 107
Section 1 : L'application de la seule théorie du risque 109
§1 Les accidents spatiaux 109
A. Cosmos-954 110
B. Les autres accidents 112
§2 Les accidents nucléaires 115
A. Tchernobyl 115
B. Îles Palomares 116
§3 La pollution du fait des hydrocarbures 119
A. Cherry Point 119
B. Le pétrolier Juliana 120
C. Le navire Showa Maru 120
§4 D'autres accidents industriels 121
A. La fabrique de munitions à Arcisate 121
B. L'accident chimique de Sandoz 122
§5 Les projets de construction transfrontaliers 123
A. La construction d'une route à la frontière américaine 123
B. Le fleuve Colorado 123
Conclusion de la Section 1 127
Section 2 : La réparation en cas de contingence des normes primaires 129

§1 Les essais nucléaires 133
A. Les essais nucléaires américains 135
B. Les essais nucléaires français 138
1. Le déroulement des faits 138
2. La réaction des autorités publiques 140
§2 Les dommages tolérés par le DIH 142
A. Les civils d'Omarkhel 143
B. Les victimes imprévues d'une opération contre Al-Qaeda 148
Conclusion de la Section 2 154
Section 3 : Les cas concernant l'exclusion ou la mise en doute de l'illicéité 157
§1 La pratique étatique en cas d'exclusion ou de mise en doute de la licéité . 157
A. La réparation en présence de circonstances excluant l'illicéité 157
1. La rivière Moura ou un cas répété de force majeure 158
2. Les champs de mines austro-hongrois 159
B. La mise en doute de l'illicéité 160
1. Les canons suisses ou l'exemple de l'erreur 160
2. Les exercices militaires français 161
3. Les cas d'incertitude scientifique 161
§2 La nature des mesures prises en cas d'exclusion ou la mise en doute de la licéité 162
A. Les catégories de CELI selon Crawford 162
B. La qualification des indemnisations faites en présence de CELI selon Crawford et selon les Articles de 2001 165
C. La qualification des indemnisations faites en présence de CELI selon Forteau 169
Conclusion de la Section 3 171
Conclusion du Chapitre 2 172
Conclusion du Titre I 175
Titre II : La place de la responsabilité objective dans les moyens auxiliaires de détermination du droit international 179
Chapitre 3. La place de la responsabilité objective dans la jurisprudence et dans le contentieux 182

Section 1 : La jurisprudence et le contentieux reconnaissant la responsabilité objective..... 188
§1. La reconnaissance de la responsabilité objective dans les décisions internationales 188
A. La Fonderie de Trail 188
B. Le Barrage Gut..... 192
§2 La reconnaissance de la responsabilité objective dans les décisions nationales 194
A. L'affaire Bhopal 195
B. Les mines de potasse d'Alsace 198
Conclusion de la Section 1 201
Section 2 : La jurisprudence et le contentieux consolidant la responsabilité objective..... 202
§1 Un fait illicite inévitable..... 203
§2 Un fait illicite dépendant du dommage 212
A. Les cas de la mise en doute de l'illicéité 213
1. L'affaire des Essais nucléaires 214
2. L'affaire de l'Incident aérien..... 216
3. L'affaire Urgenda..... 217
4. L'affaire KlimaSeniorinnen 220
B. Le rapprochement de la responsabilité objective avec l'obligation de prévention et la diligence requise 225
1. L'affaire des Épandages aériens d'herbicides..... 225
2. L'affaire Lac Lanoux 227
3. L'affaire Détroit de Corfou 229
4. Le triptyque des fleuves internationaux 231
5. Les affaires relatives à l'accident chimique de Seveso 233
Conclusion de la Section 2 237
Conclusion du Chapitre 3..... 238
Chapitre 4 : La place de la responsabilité objective dans les travaux de la CDI ... 239
Section 1. Les travaux des rapporteurs spéciaux 241
§1 Le premier rapporteur spécial..... 241
§2 Le deuxième rapporteur spécial..... 243

A. L'analyse des rapports du rapporteur spécial Barboza 244
B. L'analyse des travaux du groupe de travail de 1996 249
§3 Le troisième rapporteur spécial 252
A. Les trois groupes de travail 252
B. Les rapports du dernier rapporteur spécial 254
Conclusion de la Section 1 257
Section 2 : Les Principes de 2006 259
§1 Le Commentaire général et le Préambule 259
§2 Les Principes 262
A. Le champ d'application 263
B. Les objectifs 264
C. L'indemnisation prompte et adéquate 267
D. Les recours internes et internationaux 274
Conclusion de la Section 2 276
Conclusion du Chapitre 4 277
Conclusion du Titre II 278
Conclusion de la Première Partie 279
Deuxième Partie : Le régime de la responsabilité objective en droit international 283
Titre III : Les régimes de la responsabilité objective en droit conventionnel 286
Chapitre 5 : Le régime de la responsabilité étatique 288
Section 1. Le choix de la personne responsable 291
§1 Le cadre général : Traité sur l'espace 291
§2 Des précisions ultérieures : la Convention de 1972 292
Conclusion de la Section 1 299
Section 2. Le double fondement de la responsabilité 300
§1 Une responsabilité étatique absolue 300
§2 Une responsabilité pour faute 304
A. Les dommages causés à un autre objet spatial 304
B. Les dommages causés à un étranger non protégé 307
Conclusion de la Section 2 309
Section 3. Les questions de procédure et du droit applicable 310
§1 Le choix de forum et de la procédure 310
A. La procédure internationale 310

B. La procédure interne 315
§2 Le droit applicable 317
Conclusion de la Section 3 320
Conclusion du Chapitre 5 321
Chapitre 6 : Les régimes de la responsabilité civile 322
Section 1 : La responsabilité nucléaire : des faux-semblants d'une responsabilité purement privée 323
§1 Les grandes caractéristiques des régimes conventionnels 325
A. Une lecture critique du champ d'application 325
B. Une responsabilité objective stricte (*strict liability*) 328
C. Le choix du titulaire de la responsabilité 328
1. Le dommage survenu sur le site nucléaire 328
2. Le dommage survenu pendant le transport 329
D. Une responsabilité canalisée 330
E. Une responsabilité garantie 333
F. Une responsabilité plafonnée 334
1. La présentation du principe 334
2. Les critiques au principe 336
§2 : Le rôle de l'État dans les régimes nucléaires 337
A. La violation des Conventions nucléaires 338
B. L'État responsable sur la base de la garantie 341
1. L'État exploitant nucléaire 341
2. La responsabilité différée de l'État 342
Conclusion de la Section 1 345
Section 2 : La responsabilité pour les pollutions par les hydrocarbures : le modèle d'une responsabilité privée performante 346
§1 : La présentation du régime applicable 347
A. Les mécanismes obligatoires 348
B. Les mécanismes volontaires 349
1. La présentation du couple TOVALOP-CRISTAL 349
2. Le STOPIA et le TOPIA 350
C. Les autres conventions 351
§2 : Le régime de la responsabilité 353

A. Le régime de la CLC 353
1. Le champ d'application 353
2. Le fondement de la responsabilité 355
3. Le choix du titulaire de la responsabilité 356
4. La canalisation de la responsabilité 360
5. La limitation de la responsabilité 362
6. L'assurance obligatoire 365
B. Le régime du FIPOL 366
1. La logique du FIPOL 366
2. Les cas d'intervention du FIPOL 367
Conclusion de la Section 2 368
Section 3 : La responsabilité aérienne : un autre régime objectif ordinaire 369
§1 La responsabilité envers les personnes et les objets transportés 370
A. La responsabilité aérienne depuis la Convention de Varsovie 370
B. La Convention de Montréal 371
1. Les dommages causés aux passagers 371
2. Les dommages causés aux bagages et aux marchandises 372
§2 La responsabilité envers les tiers 373
Conclusion de la Section 3 377
Conclusion du Chapitre 6 378
Conclusion du Titre III 379
Titre IV : La généralisation du régime de la responsabilité objective 381
Chapitre 7 : Les règles liées à la notion du dommage réparable 384
Section 1 : La conception du dommage réparable 386
§1 La définition du dommage 386
§2 Une distinction artificielle avec le préjudice 388
§3. Les conditions de l'admission du dommage dans le contentieux 391
Conclusion de la Section 1 396
Section 2 : La typologie des dommages réparables 397
§1 Les dommages à l'environnement 398
A. La notion du dommage environnemental réparable 399
1. La notion du dommage dans les régimes conventionnels 400
2. La position de la CDI 412

B. L'évaluation des dommages à l'environnement 415
§2 Les dommages aux personnes et aux biens 417
A. Les dommages aux personnes 418
B. Les dommages aux biens 421
§3 Les dommages économiques 422
Conclusion de la Section 2 424
Conclusion du Chapitre 7 426
Chapitre 8 : Les règles liées à l'attribution 427
Section 1 : L'objet de l'attribution 430
§1 Le choix de la personne responsable 430
A. Les droits conventionnels 430
1. La responsabilité de l'exploitant 431
2. Les textes disposant d'un critère inclusif 433
3. Les critères atypiques 434
B. La position de la CDI 435
§2 Le rôle complémentaire de l'État 437
Conclusion de la Section 1 442
Section 2 La méthode de l'attribution 443
§1 La canalisation 443
A. La présentation du concept et ses critiques 443
B. L'acceptation dans les droits conventionnels 445
1. L'acceptation explicite 445
2. Les régimes silencieux 448
3. Les textes ayant exclu la canalisation 450
C. La position de la CDI 450
D. La déviation au principe dans les législations nucléaires 451
§2 Une attribution facilitée en cas de causes multiples 454
A. La solution de la responsabilité classique 454
B. La solution des régimes de la responsabilité objective 455
C. La position de la CDI 460
§3 Le critère de rattachement 461
A. La présentation du sujet 461
B. L'analyse des différents critères 463

1. La synthèse des différents critères 463
2. Une critique des différents critères 466
C. La position de la CDI 467
Conclusion de la Section 2 472
Conclusion du Chapitre 8 474
Conclusion du Titre IV 475
Conclusion de la Deuxième Partie 476
Conclusion 479
Bibliographie 484
Ouvrages 484
Manuels et sources du droit international 484
Lexiques, dictionnaires juridiques et encyclopédies 485
Droit de la responsabilité (ouvrages généraux) 486
Responsabilité spatiale et aérienne 486
Responsabilité nucléaire 487
Responsabilité du fait de la pollution par les hydrocarbures 488
Droit de l'environnement et responsabilité environnementale 488
La théorie du risque 489
Attribution et causalité 489
Divers 490
Thèses de doctorat 491
Articles imprimés, chapitres d'ouvrages collectifs et contributions à des colloques 492
Sources du droit international 492
Distinction public-privé 492
Responsabilité environnementale 493
Responsabilité spatiale 496
Responsabilité nucléaire 497
Responsabilité du fait de la pollution par les hydrocarbures 498
Autres formes de responsabilité pour risque 501
Fait générateur, dommage et attribution 502
Divers 502
Articles en ligne 504

Chronique de faits et de la jurisprudence 506
Chronique de faits 506
Chronique de jurisprudences 507
Travaux de la CDI 507
Projets de principes, d'articles et de conclusions 507
Rapports des rapporteurs spéciaux 507
Quentin-Baxter 507
Julio Barboza 508
Rao 509
Les rapports sur la responsabilité 509
Les rapports sur la prévention 509
Rapports des groupes de travail 510
Rapports de la CDI sur ses travaux 510
Documents du Secrétariat des Nations Unies 511
Les retours et commentaires des gouvernements 511
Annuaire de la CDI (hors rapports des rapporteurs spéciaux) 511
Travaux de la CDI sur les principes généraux du droit 511
Travaux de la CDI sur les moyens auxiliaires de détermination des règles du droit international 512
Conventions internationales 512
Conventions conclues sous l'égide de l'OMI 512
Conventions en matière nucléaire 512
Conventions en matière de l'espace extra-atmosphérique 513
Autres Conventions 513
Rapports et documents officiels 514
Jurisprudence 515
Cour permanente de Justice internationale 515
Cour internationale de Justice 515
Arrêts 515
Avis consultatifs 516
Ordonnances et mémoires 517
Tribunal International du droit de la Mer 517
Cour européenne des droits de l'homme 517

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie 517
Sentences arbitrales 518
Juridictions internes 518
Principaux sites internet 519
Index 520
Table des matières 523

Ali SHARIFI RAYENI

La responsabilité objective en droit international

Résumé

La responsabilité objective, largement reconnue dans les droits internes, demeure une notion controversée en droit international. Son principal objectif est de protéger les victimes d'activités dangereuses, et ce d'autant plus que, en raison de la complexité et de la localisation de ces activités, il est souvent difficile d'apporter la preuve de l'illicéité. En dépit de ses avantages pour les victimes, l'adoption d'une règle générale de responsabilité pour risque ou dommage suscite des inquiétudes parmi les États. Cette étude examine l'état du droit positif en ce qui concerne la place et le régime de cette notion en droit international. Elle souligne les limites de la théorie classique de la responsabilité, qui repose exclusivement sur le fait illicite. Elle cherche également à identifier les domaines dans lesquels la responsabilité objective pourrait s'appliquer, tout en analysant les règles pertinentes d'un point de vue *de lege lata*, mais aussi *de lege ferenda*. Adoptant une approche critique, l'étude met également en lumière les enjeux extra-juridiques qui ont influencé le droit positif et propose des solutions concrètes pour améliorer le cadre juridique applicable.

Mots clés : régime de la responsabilité, responsabilité objective, diligence requise, théorie du risque, dommage, attribution, Commission du droit international

Résumé en anglais

Strict liability, widely recognized in domestic laws, is a controversial concept in international law. Its primary goal is to protect victims in the context of dangerous activities, especially since, due to the complexity and location of these activities, it is often difficult to provide proof of their wrongfulness. Despite its benefits for victims, the adoption of a general rule of liability for risk or damage raises concerns among states. This study examines the current state of international law regarding the place and regime of this concept. It highlights the limits of the classical theory of responsibility, which is based solely on wrongful acts. The study also seeks to identify the areas where strict liability may apply and analyzes the relevant rules from a *lege lata* and *lege ferenda* perspective. Through a critical approach, it sheds light on the extralegal factors that have shaped positive law and proposes concrete solutions to improve the applicable legal framework.

Key words: regime of liability, strict liability, due diligence, risk theory, damage, attribution, International Law Commission