



Chapitre d'actes

2021

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Le droit international et le dommage à l'environnement

Mbengue, Makane Moïse; Dabire, Tierowe Germain

How to cite

MBENGUE, Makane Moïse, DABIRE, Tierowe Germain. Le droit international et le dommage à l'environnement. In: Environnement et responsabilité. Chappuis, Christine (Ed.). Genève. Genève : Schulthess éditions romandes, 2021. p. 117–161. (Collection genevoise. Droit de la responsabilité)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160131>

Le droit international et le dommage à l'environnement

Makane Moïse Mbengue*
Germain Tiérowé Dabire**

Table des matières

Introduction : À la rencontre du dommage à l'environnement	117
I. L'essence de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement	123
A. La préfiguration de la responsabilité internationale pour dommage environnemental.....	123
B. L'annonciation de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement.....	128
II. L'Être de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement	131
A. L'être multiple ou la disparité de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement.....	132
B. L'être singulier ou la spécificité « <i>sui generis</i> » de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement : la <i>soft responsibility</i>	144
III. Le devenir de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement	148
A. Les obstacles à la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement.....	148
B. Les solutions aux obstacles : vers un changement de paradigme ?	153
Conclusion : A la recherche d'une méta-responsabilité	160

Introduction : À la rencontre du dommage à l'environnement

Dans *Le discours philosophique de la modernité*, Jürgen Habermas fait observer que « si les sociétés différenciées selon leur fonction ne disposent d'aucune identité, elles ne peuvent pas non plus développer d'identité conforme à la raison [...] La rationalité

* Professeur ordinaire à la Faculté de droit et à l'Institut des sciences environnementales de l'Université de Genève, Directeur du département de droit international public et organisation internationale ; Professeur affilié à l'École de droit de Sciences Po Paris.

** Doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

sociale exigerait que les problèmes relatifs à l'environnement, provoqués par la société, soient représentés à l'intérieur du système social, c'est-à-dire introduits au processus social de communication dans la mesure où ils ont des effets rétroactifs sur la société »¹. A en croire l'auteur de *Théorie de l'agir communicationnel*², la relation entre l'environnement et la société relève d'un rapport de systèmes, une question de liaison, de communication et de permanente influence renforcée par l'ère de la modernité. Dès lors, il n'existe pas d'un côté l'environnement et la société de l'autre. Il n'y a qu'environnement et société ou plus exactement, il n'existe qu'un environnement sociétal. Or, selon une certaine approche du droit, le droit international serait lui-aussi le produit d'une certaine société, la société internationale. Dans cette dynamique, l'environnement et le droit international ne constituent pas des entités isolées qui mériteraient une analyse émiettée ou juxtaposée dans le cadre d'une réflexion sur la responsabilité internationale pour dommage environnemental. Autant le droit international parle du dommage à l'environnement, autant l'idée et la réalité d'un dommage subi par l'environnement interpellent les techniques de mise en œuvre des normes du droit international. La relation entre droit international et dommage à l'environnement est donc mue par une certaine circularité³.

Toutefois, la place du dommage à l'environnement en droit international n'a été ni automatique ni directe. Le concept de « dommage à l'environnement » a été admis en droit international en transitant par les ordres juridiques internes. Le droit international a d'abord défini le dommage à l'environnement par référence aux ordres juridiques nationaux⁴, et ce par le biais de la technique du renvoi normatif. C'est ainsi que face au caractère flou et imprécis de la définition du dommage nucléaire donnée par l'article 3 de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire⁵ qui n'identifie pas d'autres types de dommages tels que les dommages écologiques⁶, les points 55 et 56 (a)(b) de l'exposé des motifs de la Convention précisent que l'intention des rédacteurs de la Convention n'a pas été d'exclure certains types de dommages mais de laisser au droit

¹ J. HABERMAS, *Le discours philosophique de la modernité*, Gallimard, 1988, pp. 442-443.

² J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, Paris, 1987.

³ A.J. SAIGER, « Quel Droit ? Quelle Justice ? (Première Partie). Une interview avec Marta Torre Schaub sur la responsabilité et la justice climatique », *Völkerrechtsblog*, 5 décembre 2019 disponible sur : <https://voelkerrechtsblog.org/de/quel-droit-quelle-justice-premiere-partie/> consulté le 23 février 2021.

⁴ B. QUEFFELEC et J. HAY, « L'évaluation du préjudice environnemental en droit international » in A. CUDENNEC CECILE DE CET BERTIN (dir.), *Mer et responsabilité, Actes du colloque de Brest, 16 et 17 octobre 2008*, Paris, Pedone, 2009, pp. 121-134, p. 122.

⁵ Cette Convention a été modifiée trois fois successivement le 28 janvier 1964, le 16 novembre 1982 et le 12 février 2004.

⁶ L'article 3 alinéa a de la Convention de Paris est ainsi formulé en substance : « L'exploitant d'une installation nucléaire est responsable conformément à la présente Convention :

- i) De tout dommage aux personnes ; et
- ii) De tout dommage aux biens, à l'exclusion [...] ».

Pour plus de précisions sur la compréhension et l'étendue de l'article 3 de cette Convention, lire M. LAMOUREUX, « Le traitement des dommages en cas d'accident nucléaire en France » in M. HAUTEREAU-BOUTONNET et K. YOSHIDA (dir.), *Regards juridiques franco-japonais sur le risque environnemental*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017, pp. 117-130.

national le soin de définir les notions de « dommage aux personnes » et « le dommage aux biens » compte tenu de la diversité des droits nationaux⁷. La moindre conséquence d'un tel renvoi consisterait à définir le dommage environnemental en droit international de manière non seulement large mais aussi non uniformisé au regard des différences particulières qui caractérisent les droits nationaux. La pire conséquence serait le risque de conceptions à la fois différentes et contradictoires du dommage à l'environnement. Ces contradictions peuvent conduire à des difficultés d'identification objective de ce que revêt la notion de dommage à l'environnement en droit international et entraver sa réparation : des éléments environnementaux pris en compte par telle législation nationale pouvant être exclus par une autre car considérés comme ne relevant pas des dommages environnementaux *per se*. Ce sont ces risques de définition « à la carte » du dommage à l'environnement qui ont incité le droit international à réserver progressivement, et dans une certaine mesure, au dommage à l'environnement un contenu autonome et spécifique.

Le traitement spécifique et autonome du dommage environnemental par le droit international s'est opéré d'abord de manière sectorielle, puis transversale et enfin globale. Suivant la logique sectorielle du traitement du dommage à l'environnement, le droit international a défini le dommage à l'environnement en fonction du secteur sur lequel porte la réglementation environnementale (dommage au milieu marin, dommage à la flore, à la faune...). La logique sectorielle a révélé ses limites en ce sens qu'elle instaure une fragmentation à outrance des dommages environnementaux en isolant la question des interactions possibles entre les causes du dommage. C'est pour remédier aux carences du régime sectoriel que les Etats ont orienté l'appréhension du dommage à l'environnement vers une logique transversale. Cette dernière aborde le dommage à l'environnement non pas sous l'angle des effets mais sous le prisme des causalités. Le dommage dans ce contexte est défini par rapport aux substances qui peuvent exercer des effets défavorables sur n'importe quel secteur environnemental ou sur plusieurs d'entre eux, soit en même temps ou de manière successive. Plus ambitieuse que l'approche sectorielle, l'approche transversale est toutefois limitée du fait de son cantonnement aux seules réglementations environnementales. Elle ignore ou en tout cas, ne prend pas en compte l'aspect migrateur du dommage environnemental. C'est fort des insuffisances définitionnelles du dommage à l'environnement à travers les approches sectorielle et transversale que les Etats ont opté de traiter le dommage environnemental de manière globale ou intégrée. L'approche globale ou intégrée permet d'inclure les préoccupations environnementales dans toutes réglementations internationales et de considérer le dommage à l'environnement au-delà de ses effets sur les éléments naturels ou purement environnementaux. Cette définition globale du dommage à l'environnement demeure toutefois équivoque et critiquable. Elle semble, en apparence, donner l'impression que le dommage environnemental

⁷ Agence pour l'Energie nucléaire, Comité du droit nucléaire, *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, pp. 24-25.

s'occupe de tous les résidus, de tous les problèmes qui restent encore insolubles après qu'on ait essayé toutes les méthodes éprouvées ailleurs. Le dommage environnemental semble alors se confondre à tout sans être vraiment ce « tout », il semble être le dépotoir de tous les laissés-pour-compte, où se trouvent tous ceux dont on ne sait pas comment les prendre. En un mot, le dommage environnemental, à travers cette conception globale, manque d'identité réelle.

Les difficultés qu'éprouve le droit international à stabiliser le concept de dommage à l'environnement sont en partie liées au fait que le dommage à l'environnement est parfois défini de manière énumérative par les conventions internationales là où l'environnement n'est pas souvent défini au regard de sa complexité⁸. Le manque d'universalité autour du concept « environnement » ne doit, cependant pas, cacher ou justifier tout effort ou manque d'effort de conceptualisation du dommage environnemental en droit international, ne serait-ce qu'à titre pragmatique. Pour ce faire, la doctrine a tenté de définir le dommage à l'environnement tantôt comme une atteinte aux éléments naturels⁹ (voire aux « systèmes naturels »¹⁰), tantôt comme une atteinte aux interactions écosystémiques¹¹ ou aux services offerts par les écosystèmes¹².

Quant à la jurisprudence internationale, elle a d'abord défini le dommage à l'environnement à travers une approche dualiste en distinguant, d'une part, le dommage à l'environnement humain et, d'autre part, le dommage à l'environnement non humain tout en considérant l'environnement comme un tout complexe.¹³ Ce n'est que plus tard, dans l'affaire du *Rhin de fer*, que la Cour permanente d'arbitrage (CPA) définira de manière plus élaborée l'environnement comme « une notion large englobant l'air, l'eau, les sols, la flore et la faune, les sites et écosystèmes naturels, la

⁸ Ce constat a fait dire à Luigi Condorelli que la connaissance de l'environnement relève d'un véritable « cérémonial chinois », voir L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Protection internationale de l'environnement*, préface Luigi CONDORELLI, Paris, Pedone, 1998.

⁹ J. BARBOZA, « Environmental Damage » in UNEP, *Liability and Compensation for Environmental Damage, Compilation of Documents*, Nairobi, 1988, pp. 97-99, p. 97, où il affirme : « I propose that the definition of environment be circumscribed to the notion of « natural » environment in order to avoid confusions and restrict « environmental damage » to its correct proportions ». Il appelle même à une purification du concept environnement (« Purification of the concept »).

¹⁰ Voir le langage de la Charte mondiale de la nature (Résolution 37/7 du 28 octobre 1988) qui parle de l'obligation pour les Etats de faire en sorte « que des activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage aux systèmes naturels à l'intérieur d'autres Etats, ni dans les zones situées en dehors des limites de juridiction nationale ».

¹¹ L. DE LA FAYETTE, « The Concept of environmental damage in international liability regimes » in M. BOWMAN and A. BOYLE (Ed.), *Environmental damage in international and comparative law : Problems of definition and valuation*, OUP, 2002, pp. 149-189, p. 150. Voir aussi N. SOUTH, « Environmental Crimes and Harms : a green criminology approach and socio-legal challenges » in T. BERGIN and E. ORLANDO (Ed.), *Forging a socio-legal approach to environmental Harm : Global perspectives*, Routledge, 2017, pp. 20-37, p. 21.

¹² L. NEYRET, « Le préjudice collectif né du dommage environnemental » in L. NEYRET, G. J. MARTIN (dir.), *Nomenclature des préjudices environnementaux*, L.G.D.J., 2012, pp. 193-217, p. 195.

¹³ Cette distinction se lit à travers le paragraphe 29 de l'Avis consultatif de la Cour internationale de Justice relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996 : « La Cour est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour et de ce que l'emploi d'armes nucléaires pourrait constituer une catastrophe pour le milieu naturel. Elle a également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir » (les italiques sont de nous).

santé humaine et le climat »¹⁴. Ainsi, le droit international considère le dommage à l'environnement non seulement comme celui causé aux éléments naturels, aux écosystèmes, seuls ou dans leur interaction mais aussi comme le dommage économique, sanitaire et commercial, c'est-à-dire, celui qui touche directement l'homme dans ses conditions de vie.

Présenté de la sorte, le dommage environnemental présente une morphologie plurielle. Cette morphologie plurielle commande d'opérer une catégorisation minimale des dommages environnementaux en se fondant sur le critère de gravité compte tenu des éléments environnementaux atteints. On distingue, de ce fait, à côté du dommage environnemental générique, le dommage écologique.

Le dommage écologique est un dommage environnemental d'une spécificité particulière tant dans ses aspects techniques que pour les enjeux qu'il révèle. Techniquement, il est difficile à lire dans la réalité, car il implique la prise en compte de données multiples qui ne ressortent pas toutes au droit et soulève *eo ipse* de multiples enjeux¹⁵. Si de manière large, d'aucuns définissent le dommage écologique en lien avec les conséquences économiques, et les répercussions sur la santé ou l'agrément de vie¹⁶, d'autres par contre le considèrent comme « celui causé aux personnes et aux choses par le milieu dans lequel elles vivent »¹⁷. Ces deux approches du dommage écologique présentent néanmoins des limites. D'une part, l'assimilation du dommage écologique aux conséquences économiques et aux répercussions sur la vie humaine ne se démarque pas de la vision générique du dommage environnemental, et, partant, ne traduit pas de manière suffisante son caractère spécifique. D'autre part, considérer le dommage écologique comme celui causé aux personnes et aux choses par leur milieu de vie est très réducteur et cache dans l'ombre les dommages causés à la nature sauvage sans lien de répercussion immédiate et apparente sur les activités humaines¹⁸. Pour le déconnecter du dommage environnemental générique et traduire sa spécificité au mieux, il convient de définir le dommage écologique comme « le dommage causé directement au milieu pris en tant que tel indépendamment de ses répercussions sur les personnes et sur les biens »¹⁹.

Qu'il soit générique ou écologique, le dommage environnemental peut être une condition de responsabilité internationale et ouvrir droit à réparation pour les

¹⁴ *Rhin de fer*, (Belgique c. Pays-Bas), CPA, sentence du 24 mai 2005, §§ 58-59.

¹⁵ G. MARTIN, « Rapport introductif » in *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, colloque de la SFDE, Paris, Economica, pp. 7-16, p. 15.

¹⁶ G. WIEDERKEHR, « Le débat sur les fondements de la responsabilité en matière de dommage écologique : Rapport général » in *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, op.cit., pp. 19-27, p. 24.

¹⁷ Préface de R. DRAGO in P. GIROD, *La réparation du dommage écologique*, L.G.D.J., 1974.

¹⁸ G. MARTIN, « La réparation du préjudice écologique et droit de l'environnement marin » in *Droit et économie de l'environnement, colloque de Brest de la SFDE*, 1988, p.320 ; voir aussi M. J. LITTMAN-MARTIN et C. LABMBRECHTS, « La spécificité du dommage écologique : Rapport général » in *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, op.cit., pp. 45-77, p. 46.

¹⁹ F. CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, L.G.D.J., 1981, p. 293. Voir aussi dans la même logique, M. REMOND-GOULLAUD, « La réparation du préjudice écologique », *J.C.*, 1992, fasc. N°1060, § 6. Il définit le dommage écologique comme « le préjudice causé au milieu lui-même, indépendamment de la lésion directe d'un intérêt humain ».

victimes. Les manifestations des cas de responsabilité internationale pour dommage à l'environnement sont multiples. Analyser les interactions entre le dommage à l'environnement et la responsabilité internationale nécessite d'approcher le dommage environnemental de manière phénoménologique²⁰. C'est à l'aune de cette approche phénoménologique comme point de départ que sera examinée la question de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement en s'efforçant de mettre en lumière les enjeux contemporains liés à la réparation des dommages environnementaux dans l'ordre juridique international²¹.

La présente contribution n'a, cependant, pas pour but de faire une théorie « de » tout le système de responsabilité pour dommage environnemental. Elle cherche plutôt à mettre en avant une approche « du » système de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement en tentant d'unifier dans une même représentation, à partir des interactions fondamentales, les éléments de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement, à travers ses origines, son fonctionnement et ses défis. Ainsi, la présente contribution se propose de caractériser la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement à travers trois épisodes qui correspondent à trois temps différents. Le premier épisode qui a trait au premier temps est celui dans lequel le droit international de la responsabilité se nourrit de la dynamique interne de la responsabilité civile pour dommage environnemental. A ce stade, il n'existe pas véritablement un régime de responsabilité propre au droit international, mais une tentative de fabrication ou de bricolage d'un régime. C'est l'*essence* ou la gestation de la responsabilité internationale pour dommage environnemental (I). Le second épisode qui est relatif au deuxième temps est celui dans lequel le droit international s'est doté de son propre régime de responsabilité pour dommage à l'environnement. C'est la phase de la construction et de l'existence d'une responsabilité internationale pour dommage à l'environnement. Cet épisode renvoie à l'*être* de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement (II). Enfin, le troisième épisode qui correspond au troisième temps est celui du développement prospectif de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement. Cette étape annonce les signes apocalyptiques de la responsabilité pour dommage environnemental. C'est la phase du *devenir* de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement (III).

²⁰ E. REHBINDER, « Evaluation et réparation du dommage environnemental : rapport général » in *Le dommage environnemental en droit interne, communautaire et comparé*, op.cit. note 15, pp. 109-121, p. 110. Voir aussi sur une approche phénoménologique exhaustive du dommage environnemental et sanitaire M. M. MBENGUE, *Le risque environnemental et sanitaire. Essai d'une théorie de risque en droit international public*, Paris, Pedone, 2009, spec. 1^{ère} partie de l'ouvrage.

²¹ Y. KERBRAT, « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement : Rapport général sur le thème de la deuxième demi-journée » in *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Colloque d'Aix-en-Provence de la SFDI, Paris, Pedone, 2010, pp. 125-143, p. 126.

I. L'essence de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement

Il a été dit dans l'introduction que le dommage environnemental, avant d'être défini par le droit international, a transité par les ordres juridiques internes. Cet itinéraire permet de retracer les origines de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement. C'est de là que la responsabilité internationale pour dommage environnemental tire son essence. L'essence de la responsabilité internationale est caractérisée par une vision civiliste et interniste du droit²², et comme dans un cycle prophétique, la responsabilité internationale à cette étape a été marquée par une *préfiguration* (A) et une *annonciation* (B).

A. La préfiguration de la responsabilité internationale pour dommage environnemental

La préfiguration de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement peut être entendue ici comme sa germination. Elle s'est traduite principalement à travers le contentieux pour trouble anormal de voisinage (2) dont le concept et la philosophie méritent d'être précisés (1).

1. Le concept et la philosophie du trouble anormal de voisinage

Le voisinage est une institution coutumière dont les racines remontent au droit romain à travers les douze (12) Tables de la Loi²³. Il a été progressivement transposé en droit civil, en droit administratif et en droit international. Si le voisinage en droit international peut désigner la situation que connaissent des entités au statut divers (Etats, Etats divisés, Etats enclavés, territoires occupés), il peut également renvoyer à une situation statique (édification d'un mur ; instauration d'une zone démilitarisée)²⁴ ou dynamique. L'on se pose la question de savoir si ces multiples représentations du voisinage en droit international induisent l'existence d'un droit international de voisinage²⁵. Si une partie de la doctrine fait reposer ce droit « sur quelques principes empruntés au droit privé interne » tels que le refus de l'abus de droit et le trouble anormal de voisinage²⁶, les tribunaux internationaux semblent assimiler implicitement le droit international de (ou du) voisinage au droit international de la coexistence à travers la définition du concept de voisinage. Dans l'affaire du *Filetage dans le golfe du Saint-Laurent*, le tribunal arbitral a précisé que « le concept de voisinage [...] est plus spécifiquement utilisé dans le langage juridique pour qualifier

²² En droit romain, le dommage s'est souvent traduit par le *damnum* qui serait en réalité ici considéré comme la traduction concrète du *damnum injuria datum*, c'est-à-dire la répercussion juridique du fait délictuel. Ce *damnum*, Grotius le qualifiait de diminution d'un « droit » : voir GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, 2.17.2.

²³ C. SINTEZ, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*, Dalloz, 2011, p. 136.

²⁴ Sur la perception de la version statique du voisinage, lire M. F. LABOUZ, *L'ONU et la Corée. Recherche sur la fiction en droit international public*, PUF, 1980.

²⁵ J. ANDRASSY, « Les relations internationales de voisinage », *RCADI*, 1951, vol. 79, pp. 77-182.

²⁶ A. PELLET et P. DAILLER, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 7^e éd., 2002, p. 473.

des situations de proximité qui, à peine d'engendrer des frictions continues, appellent une collaboration continue au bénéfice des nationaux ou des services publics de deux ou plusieurs Etats dont les activités s'interpénètrent dans un même espace géographique »²⁷. Cette approche révèle, à juste titre, cette logique de la coexistence et démontre que « le voisinage tend de plus en plus à devenir un état de droit, générateur comme tel de compétences et d'obligations au profit ou à la charge des Etats limitrophes »²⁸. Les voisins sont soumis d'une manière ou d'une autre à une obligation réciproque de bonne conduite pour assurer à chacun d'eux la jouissance paisible et durable de ses droits réciproques. Dès que l'utilisation ou la jouissance de droits porte atteinte aux droits de voisins-tiers, elle peut donner lieu à un recours pour trouble anormal de voisinage ou pour abus de droit²⁹. Cette idée de coexistence dans l'autolimitation réciproque entre voisins a été réaffirmée dans de nombreuses décisions judiciaires. Ainsi, pour le Tribunal fédéral suisse dans l'affaire *Argovie c. Zurich*, le droit de voisinage limite les prérogatives étatiques et l'utilisation d'un cours d'eau intéressant plusieurs Etats doit prendre en considération les intérêts légitimes des autres Etats concernés de sorte que « Chaque canton a le droit d'adopter les mesures nécessaires à une utilisation rationnelle et correspondant à ses besoins des eaux publiques, pourvu seulement [...] que l'usage commun de l'eau ne soit pas rendu impossible, mais soit au contraire laissé de la même manière aux autres cantons »³⁰.

Les problèmes juridiques liés au voisinage ont servi de matrice aux principes du droit international de l'environnement et singulièrement du droit international fluvial, ce qui n'est pas rien quand on sait qu'au voisinage de plus de 263 bassins fluviaux internationaux vit environ 40% de la population mondiale³¹. Certains

²⁷ *Filetage dans le golfe du Saint-Laurent* (Canada c. France), sentence arbitrale du 17 juillet 1986 citée dans *RGDIP*, 1986, p. 732. Voir aussi : *Fonderie de Trail* (Canada c. Etats-Unis d'Amérique), sentence du 11 mars 1941, *RSA*, vol. II, p. 1938 et ss. ; *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), CIJ, arrêt du 9 avril 1949, rec. 1949, p. 23.

²⁸ C. ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1977, tome III, p. 283. Sur la nécessité du respect des relations de bon voisinage, voir P. LAPRADELLE, *La frontière*, Paris, éditions internationales, 1928, pp. 14-17.

²⁹ La théorie du trouble anormal de voisinage et celle de l'abus de droit sont à distinguer même si elles présentent des points de contact. Sur la théorie de l'abus de droit, deux écoles se sont classiquement opposées, celle absolutiste, défendue par le doyen Ripert et selon laquelle, l'abus de droit implique nécessairement une faute et celle relativiste, défendue par le doyen Josserand, selon laquelle, l'abus de droit est un détournement du droit de sa finalité sociale, variable. Ces deux positions se trouvent par ailleurs réconciliées par la jurisprudence qui retient classiquement comme preuve de l'abus de droit, la constatation de l'intention de nuire ou de l'absence d'un intérêt légitime ; voir *Affaire Colmar*, cass., 2 mai 1855 (affaire qui concerne une fausse cheminée projetant son ombre chez le voisin) ; *Affaire des sources de Saint-Galmier*, cass., 10 juin 1902 ; *Affaire Clément-Bayard*, cass., 3 août 1915 ; arrêt du *rideau de fougères*, cass., 20 janvier 1964. Quant à la théorie du trouble anormal de voisinage, elle n'implique pas de faute mais suppose la présence d'un dommage d'une certaine importance, caractéristique de l'anormalité du trouble. Le principe de responsabilité ici est une responsabilité véritablement objective : voir cass. Civ., 27 novembre 1844, DP 45, 1, 13.

³⁰ Cité par M. MUBIALA, *L'évolution du droit des cours d'eau à la lumière de l'expérience africaine notamment dans le bassin du Congo/Zaire*, préface Lucius CAFLISH, Graduate Institute publications, 1995, chapitre 5, section 1, paragraphe 7. L'affaire concernait l'endiguement d'eaux à des fins industrielles dans le canton de Zurich, lequel portait cependant préjudice au canton voisin d'Argovie.

³¹ Sur ces chiffres donnés, voir S. DIOP et Ph. REKACEWICZ, *Atlas mondial de l'eau*, Le mémorial de Caen, 2003, pp. 10-11.

principes du droit international de l'environnement sont hérités du droit de voisinage tels que le principe de l'utilisation rationnelle et équitable des espaces et ressources limitrophes³² et le principe de l'utilisation non dommageable du territoire national (*no harm principle*)³³. C'est à l'occasion de contentieux calqués sur ces principes et en l'absence d'une règle précise de responsabilité internationale pour dommage à l'environnement que le juge international a tenté de construire son édifice jurisprudentiel sur la logique du contentieux de la responsabilité civile interne pour trouble anormal de voisinage.

2. Le contentieux pour trouble anormal de voisinage comme préfiguration de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement

La préfiguration de la responsabilité internationale pour dommage environnemental sous le prisme du contentieux pour trouble anormal de voisinage s'est opérée principalement à travers l'exercice ou l'usage abusif de certains droits de souveraineté. Deux affaires retiendront notre attention dans le cadre cette analyse : l'affaire de la *Fonderie de Trail* et celle du *Détroit de Corfou*.

L'affaire de la *Fonderie de Trail*³⁴ avait trait à une question de pollution transfrontière née de l'exploitation d'une usine de zinc et de plomb située à Trail en Colombie-Britannique. Les habitants du nord de l'Etat de Washington se plaignaient des émanations d'anhydride sulfureux provenant de la fonderie. Selon les plaignants américains, ces émanations gazeuses causaient préjudice à leurs cultures et au bétail. La résolution de ce différend a connu une phase diplomatique inachevée avant d'être soumise à une procédure arbitrale. L'affaire a été, dans un premier temps, soumise à la commission mixte internationale constituée en vertu du traité de 1909 concernant les eaux frontières³⁵. Celle-ci a rendu un rapport resté sans suite pour faute de réclamation officielle³⁶ dans lequel elle indiquait le montant pour compenser les intérêts américains. C'est ainsi que, par la signature du compromis du 15 avril 1935³⁷,

³² M. MUBIALA, *op.cit.*, note 30. 5, section 1.

³³ L. BOISSON DE CHAZOURNES, S. MALJEAN-DUBOIS, « Principes du droit international de l'environnement », *Jurisclasser Environnement et Développement durable*, 2011, pp. 1-20, pp. 10-18.

³⁴ L'affaire a été soumise à une procédure arbitrale au moyen d'un compromis d'arbitrage signé par les parties le 15 avril 1935 et ratifié par les parties le 3 août 1935. Elle a connu deux décisions, l'une le 16 avril 1938 et l'autre le 11 mars 1941.

³⁵ R. OGYLVY, « Les problèmes de pollution transfrontière et de déchets dangereux en Amérique du Nord », *RQDI*, vol. 7, n°2, 1991-1992, pp. 154-159, p. 154. Pour un aperçu du traité, G. F. DE MARTENS, *Nouveau recueil général de traités*, tome 4, 3^e série, Leipzig, Librairie Dieterich, p. 208.

³⁶ G. F. FITZGERALD, « Le Canada et le développement du droit international : la contribution de l'affaire de la fonderie de Trail à la formation du nouveau droit de la pollution atmosphérique transfrontière », (1980), *E.I.(Qué)*, 393.

³⁷ Le compromis est intitulé : *Accord visant le règlement définitif des difficultés dans l'Etat de Washington par des fumées provenant de la fonderie de la « Consolidated Mining and Smelting Company »*. Il est consultable au (1935) 73 *R.T.S.D.N.*

un tribunal arbitral *ad hoc* fut constitué et rendit une sentence préliminaire le 16 avril 1938 et une sentence finale le 11 mars 1941. L'article III³⁸ du compromis qui doit se lire à la lumière de l'article I³⁹ limitait la compétence du tribunal à la détermination du montant des indemnités et non à l'examen d'une quelconque question de responsabilité internationale. L'esprit et la lettre des articles I et III du compromis admettaient implicitement la responsabilité du Canada – il s'agit là d'une responsabilité admise à l'avance par le Canada. L'affaire de la *Fonderie de Trail* ne traitait donc pas de façon explicite de questions de responsabilité pour dommage à l'environnement mais simplement d'une question d'indemnisation pour dommages environnementaux.

L'idée sous-jacente à l'acceptation du Canada à verser des indemnités aux victimes américaines témoigne du fait et laisse présager qu'il existerait pour tout Etat des conséquences juridiques qui découleraient de ses faits anormaux préjudiciables aux tiers. C'est à partir de ces considérations que l'on peut déduire que l'affaire entretient des liens de proximité avec le contentieux civil interne pour trouble anormal de voisinage. Cette lecture semble s'inscrire dans le sillage de l'arrêt de la Cour de cassation française du 27 novembre 1844 qui affirmait déjà de manière très nette que les fumées ou le bruit causés par une usine constituée « une cause légitime d'indemnité »⁴⁰.

L'un des remarquables apports de l'affaire de la *Fonderie de Trail* est qu'elle a permis au tribunal arbitral de formuler une règle importante du droit international public en matière de pollution transfrontière – le principe du *No Harm*. Pour le tribunal, « [...] aucun Etat, n'a le droit d'user ou de laisser user de son territoire d'une manière qui entraîne des dommages dus aux fumées sur le territoire d'un autre Etat ou à la propriété de personnes s'y trouvant, lorsque les effets en sont importants et que le dommage est clairement et manifestement prouvé »⁴¹. Cette règle sera reconnue de manière universelle à travers le principe 21 de la Déclaration

³⁸ Article III de l'Accord visant le règlement définitif des difficultés dans l'Etat de Washington par des fumées provenant de la fonderie de la « Consolidated Mining and Smelting Company » : « The Tribunal shall finally decide the questions, hereinafter referred to as "the Questions", set forth hereunder, namely : (1) Whether damage caused by the Trail Smelter in the State of Washington has occurred since the first day of January, 1932, and, if so, what indemnity should be paid therefor ? (2) In the event of the answer to the first part of the preceding Question being in the affirmative, whether the Trail Smelter should be required to refrain from causing damage in the State of Washington in the future and, if so, to what extent ? (3) In the light of the answer to the preceding Question, what measures or régime, if any, should be adopted or maintained by the Trail Smelter ? (4) What indemnity or compensation, if any, should be paid on account of any decision or decisions rendered by the Tribunal pursuant to the next two preceding Questions ? ».

³⁹ Article I de l'Accord visant le règlement définitif des difficultés dans l'Etat de Washington par des fumées provenant de la fonderie de la « Consolidated Mining and Smelting Company » : « The Government of Canada will cause to be paid to the Secretary of State of the United States, to be deposited in the United States Treasury, within three months after ratifications of this convention have been exchanged, the sum of three hundred and fifty thousand dollars, United States currency, in payment of all damage which occurred in the United States, prior to the first day of January, 1932, as a result of the operation of the Trail Smelter ».

⁴⁰ Cass. Civ., 27 novembre 1844, *DP* 45, 1, 13, cité par B. PETIT, « Le voisinage en droit privé » in « Voisinage et bon voisinage à la croisée des droits interne, international et communautaire » in *Les grandes conférences publiques du Centre d'excellence Jean Monnet de Grenoble*, imprimerie des Ecoreuils, 2009, pp. 4-11, p. 9.

⁴¹ *Affaire de la Fonderie de Trail* (USA c. Canada), sentence du 11 mars 1941, *RSA*. 1941, vol. III, p. 1965.

de Stockholm⁴² et reprise au principe 2 de la Déclaration de Rio⁴³ en ces termes : « Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale »⁴⁴. Ce principe essentiellement identique à celui posé par le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* atteste bien du fait que cette dernière préfaçait la question de la responsabilité internationale pour dommage environnemental transfrontière.

L'affaire du *Détroit de Corfou*, quant à elle, a découlé d'incidents survenus le 22 octobre 1946 dans le détroit de Corfou. Deux contre-torpilleurs britanniques ayant heurté des mines dans les eaux albanaises, furent gravement endommagés par les explosions qui se produisirent. Le Royaume-Uni saisit d'abord le Conseil de sécurité des Nations Unies, qui, par une résolution du 9 avril 1947, recommanda aux deux Gouvernements de soumettre le différend à la Cour internationale de Justice (CIJ). Le Royaume-Uni déposa alors une requête, qui, à la suite d'une exception d'irrecevabilité de l'Albanie, fit l'objet d'un arrêt, en date du 25 mars 1948, par lequel la Cour s'est déclarée compétente⁴⁵. Le même jour, les deux parties conclurent un compromis, invitant la Cour à se prononcer sur leur éventuelle responsabilité unilatérale ou réciproque. La Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 a admis non seulement la responsabilité de l'Albanie pour négligence quant aux opérations de minage des eaux territoriales mais aussi celle du Royaume-Uni pour violation de la souveraineté de l'Albanie⁴⁶. L'intérêt de cette affaire tient, d'une part, au fondement de la responsabilité de l'Albanie d'après le raisonnement de la Cour et, d'autre part, au côté oublié du différend en ce qui concerne le dommage causé à l'état des eaux territoriales par la pose des mines et les explosions.

D'abord en ce qui concerne la responsabilité de l'Albanie, la Cour ne l'a pas établie sur la base d'une obligation internationale claire et précise. Tout le raisonnement de la Cour est traversé par des « considérations élémentaires d'humanité » tirées d'un certain devoir de vigilance. Ce devoir de vigilance relevait plus d'un standard au contenu flou et non pas, d'une norme secondaire. La Cour a semblé, dans cette affaire, admettre une responsabilité pour risque⁴⁷. Ensuite, si la Cour n'a, dans aucun

⁴² *Rapport final de la Conférence des Nations-Unies sur l'environnement*, Stockholm, reproduit dans C. A. COLLIARD et A. MANIN, *Droit international et histoire diplomatique*, tome 1, textes généraux 1971/1973, Paris, Publications de la Sorbonne, 1975, pp. 181-186 ; voir également A. KISS, *Droit international de l'environnement*, Paris, Pedone, 1989, pp. 33-34 et pp. 72-82 ; L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. DESGAGNE, M. M. MBENGUE, R. CESARE, *Protection internationale de l'environnement*, Paris, Pedone, 2005.

⁴³ *Conférence des Nations-Unies sur l'environnement et le développement*, (1992) 31 *I.L.M.* 849 ; pour une compréhension commentée des principes issus de la Déclaration de Rio, J. E. VINALES (Ed.), *The Rio Declaration on Environment and Development : A Commentary*, Oxford, OUP, 2015.

⁴⁴ Pour une analyse de ce principe, voir L. BOISSON DE CHAZOURNES et S. MALJEAN-DUBOIS, « Les principes du droit international de l'environnement », *Juriclasser Environnement et développement durable*, 2011, pp. 1-20.

⁴⁵ *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), CIJ, arrêt du 25 mars 1948, Rec. 1948, p. 17.

⁴⁶ *Détroit de Corfou* (Royaume-Uni c. Albanie), CIJ, arrêt du 9 avril 1949, Rec. 1949, p. 36.

⁴⁷ Voir à ce sujet, *Opinion dissidente* du juge B. PACHA jointe à l'arrêt, Rec. 1949, p. 65.

passage de l'arrêt, souligné l'effet dommageable des mines sur l'état des eaux territoriales albanaises, c'est parce qu'à cette époque, il n'existait pas encore, en droit international, un système de responsabilité pour dommage à l'environnement fondé sur la violation des règles du droit international public.

En revanche, la CIJ a, par le biais de cette affaire, jeté les premières pierres de cristallisation de l'obligation coutumière de prévention ou de l'utilisation non dommageable du territoire national en droit international de l'environnement qui deviendra plus tard la règle générale de l'interdiction de causer des dommages environnementaux transfrontières. Dans sa longue marche, l'essence de la responsabilité internationale pour dommage environnemental, une fois préfigurée, sera enfin annoncée à travers certains différends fluviaux.

B. L'annonce de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement

Dans le cycle d'apparition de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement, l'annonce constitue la phase qui a confirmé la réalité des signes précurseurs et la détection de cette responsabilité. Si la précurseur ou la préfiguration s'est traduite de manière générale, l'annonce a été faite dans le cadre spécifique de certains contentieux fluviaux. Il s'agit ici d'exposer ces signes annonceurs dont l'expression et la vivacité se sont progressivement révélées à travers deux affaires symboliques : l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*⁴⁸ et celle du *Lac Lanoux*⁴⁹.

1. L'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*

L'affaire des *Prises d'eau à la Meuse* est née de l'exécution, par la Belgique, sans le consentement des Pays-Bas, de divers ouvrages se rattachant à la construction du canal Albert par lesquels elle semblait vouloir assurer dans l'avenir l'alimentation en eau des canaux existants ou à construire dans le nord de son territoire, nonobstant le traité de La Haye du 12 mai 1863 portant règlement du régime des prises d'eau à la Meuse. Dans sa requête introductive, les Pays-Bas priaient la Cour permanente de Justice internationale d'une part, de juger et de dire que la construction par la Belgique de travaux rendant l'alimentation d'un canal situé en aval de Maestricht par de l'eau puisée à la Meuse ailleurs qu'en cette ville, que l'alimentation de la section belge du Zuid-Willemsvaart, du canal de la Campine, de l'embranchement de ce canal vers Hasselt et de celui vers le camp de Beverloo, ainsi que du canal de Turnhout par l'écluse de Neerhaeren avec de l'eau prise à la Meuse ailleurs qu'à Maestricht, sont contraires au Traité du 12 mai 1863⁵⁰ et, d'autre part, de condamner la Belgique à faire cesser tous travaux visés et à remettre dans un état conforme au Traité de 1863 tout ce qui a été construit en violation dudit traité et à faire cesser les

⁴⁸ *Affaire des prises d'eau à la Meuse* (Pays-Bas c. Belgique), arrêt, CPJI, 28 juin 1937.

⁴⁹ *Lac Lanoux Arbitration* (Spain v. France), *ILR*, vol. 24, 1957, p. 101.

⁵⁰ *Affaire des prises d'eau à la Meuse*, op.cit., p. 6.

alimentations jugées contraires audit traité et à n'en point effectuer de nouvelles⁵¹. L'objet de ce traité est défini, dans son préambule, comme étant « de régler d'une manière stable et définitive le régime des prises d'eau à la Meuse pour l'alimentation des canaux de navigation et d'irrigation ». Ce traité fut conclu en raison du fait que pendant longtemps les deux pays n'avaient pu se mettre d'accord sur diverses questions concernant l'utilisation des eaux de la Meuse. L'affaire portait donc sur un contentieux de gestion et d'utilisation d'une ressource partagée impliquant une délimitation de droits fluviaux sur un fleuve international⁵². La tâche de la Cour était claire. Elle consistait à déterminer si certains travaux exécutés par le Gouvernement belge constituaient ou non une infraction au Traité de 1863 et si, pour ce qui est de la demande reconventionnelle du Gouvernement belge, certains travaux construits par le Gouvernement des Pays-Bas constituaient ou non une infraction au Traité de 1863⁵³. La Cour, statuant successivement sur les demandes des parties, a conclu non seulement au rejet des demandes des Pays-Bas⁵⁴ mais aussi de la demande reconventionnelle de la Belgique⁵⁵. La Cour a fondé ses conclusions sur une interprétation systémique du traité de 1863⁵⁶ et en a déduit l'absence d'une obligation dont la violation aboutirait à l'engagement d'une responsabilité internationale pour dommage à l'état hydrologique de la Meuse. Cette posture de la Cour reflète les conceptions dominantes du droit international fluvial de l'époque où les préoccupations environnementales n'occupaient pas encore l'armature des rapports interétatiques en matière de gouvernance et de gestion des cours d'eau partagés.

Toutefois, la Cour, en concluant à l'absence d'une obligation dont la violation serait source de responsabilité internationale, confirmait la préfiguration et annonçait implicitement une possible responsabilité internationale pour dommage causé aux ressources en eau et l'opinion dissidente du juge Anzilotti jointe à l'arrêt est, à cet égard, illustrative⁵⁷. Les conclusions dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse* n'ont pas laissé indifférent le tribunal arbitral constitué dans le cadre de l'affaire du *Lac Lanoux*.

⁵¹ *Idem*.

⁵² La Meuse prend sa source en France, dans le département de la Haute-Marne, quitte le territoire français près de Givet, traverse la Belgique, forme la frontière entre les Pays-Bas et la Belgique en aval de Lixhe et entre en territoire néerlandais à quelques kilomètres en amont de Maastricht.

⁵³ *Affaire des prises d'eau à la Meuse*, op.cit., p. 15.

⁵⁴ *Idem*, pp. 20 ; 25 ; 26 et 28.

⁵⁵ *Idem*, pp. 30 ; 33.

⁵⁶ *Idem*, p. 23 où on peut lire : « [...] La Cour estime que ni la thèse belge ni la thèse néerlandaise ne sauraient être intégralement acceptées. Si l'on se souvient que les dispositions du Traité de 1863 furent adoptées afin de surmonter certaines difficultés concrètes, liées à l'alimentation des canaux à l'aval de Maastricht, il est impossible d'isoler l'article premier et de l'interpréter sans référence à ces difficultés. Cet article doit en fait être interprété conjointement avec les autres, avec lesquels il forme un tout ».

⁵⁷ *Opinion dissidente* du juge D. ANZILOTTI, p. 52 : « L'existence d'un dommage aurait de l'importance si la Belgique avait présenté une demande en dommages-intérêts, mais elle ne demande que l'interprétation du traité. Il est d'ailleurs fort possible que les intérêts de la navigation mosane aient beaucoup changé depuis 1863 et que la diminution de la quantité d'eau laissée au fleuve soit loin d'avoir l'importance qu'elle aurait eu dans le passé ; il n'est pas moins vrai que le traité est ce qu'il est et qu'il n'appartient pas à l'une des Parties de rendre impossible l'exécution de telle ou telle de ses dispositions, notamment d'une disposition aussi fondamentale que l'article IV, sans le consentement de l'autre ».

2. L'affaire du *Lac Lanoux*

L'affaire du *Lac Lanoux* concernait un différend entre l'Espagne et la France relatif à un projet conduit par la France et consistant en la déviation des eaux du Lac Lanoux de son bassin naturel vers un autre aux fins de construction d'un barrage hydroélectrique. L'Espagne s'y est opposée au motif que cette déviation porterait atteinte à l'état hydrologique du Carol qui alimente son territoire et limiterait l'accès à une quantité d'eau suffisante nécessaire pour ses activités.

La question à laquelle le tribunal arbitral était invité à répondre était la suivante : « Le Gouvernement français est-il fondé à soutenir, qu'en exécutant sans un accord préalable entre les deux Gouvernements des travaux d'utilisation des eaux du Lac Lanoux dans les conditions prévues au projet et aux propositions français visés au préambule du présent compromis, il ne commettrait pas une infraction aux dispositions du Traité de Bayonne du 26 mai 1886 et de l'Acte additionnel de la même date ? »⁵⁸. Au moment de l'analyse de la question, le tribunal, faisant face à la complexité de l'affaire a dû joindre une question supplémentaire et non moins importante, celle de savoir si les travaux projetés par la France portaient atteinte aux droits reconnus à l'Espagne par les dispositions du traité de Bayonne⁵⁹. A travers cette question, le tribunal venait de percevoir clairement l'aspect territorial du différend et devait donc élargir son spectre d'analyse pour statuer à la fois sur la situation des droits territoriaux notamment fluviaux des deux Etats et régler la situation de la « communauté d'intérêts » générée par le Lac.

A la première question, le tribunal conclut que le projet envisagé par la France n'était pas contraire aux prescriptions du Traité de Bayonne de 1866 et à celles de son Acte additionnel tout en reconnaissant l'existence d'un certain degré de « conséquences » minimales, normales dans les rapports de voisinage, à l'égard desquelles le sujet actif n'est pas tenu de répondre, mais la victime n'est pas non plus légitimée à demander sa réparation. Le tribunal a ainsi établi de manière indirecte un standard donnant lieu à réparation que le droit international qualifie aujourd'hui de « dommage significatif »⁶⁰ par opposition au « dommage minimal », concepts qui n'étaient pas encore développés en 1957.

Quant au deuxième argument de l'Espagne relatif à la prohibition, sans le consentement de l'autre partie, de l'adoption des mesures ou actes capables de créer

⁵⁸ F. DUPERY, « L'affaire du Lac Lanoux », *R.G.D.I.P.*, vol. 57, 1957, p. 481. Voir aussi, G. ANDRE, « L'affaire du Lac Lanoux. Etude critique de la sentence arbitrale du Tribunal arbitral », *AFDI*, vol. 6, 1960, pp. 372-434, p. 376.

⁵⁹ P. DE LEON SANDONATO, « L'affaire relative à l'utilisation des eaux du Lac Lanoux », *Agenda Internacional*, Año XV, n° 28, 2008, pp. 265-291, p. 274.

⁶⁰ Le « risque de causer un dommage transfrontière significatif » est défini par la Commission du Droit International comme ce qui : « recouvre les risques dont il est fort probable qu'ils causeront un dommage transfrontière significatif et ceux dont il est peu probable qu'ils causeront des dommages transfrontières catastrophiques », voir « Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses » in *Rapport de la Commission du Droit International. Cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*. Voir, aussi, dans le même sens, la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eaux internationaux à des fins autres que la navigation, article 7 : « obligation de ne pas causer des dommages significatifs » ; Résolution 51/229 de l'Assemblée générale, annexe, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 49 (A/51/49)*.

une inégalité *de facto* qui permettrait une violation des droits, et qui dérive du principe de l'équité, le tribunal n'a pas non plus partagé ce point de vue. Pour le tribunal, le Traité de Bayonne a créé une équité légale et non de fait. Le tribunal a mis en lumière que le projet français de détournement des eaux du fleuve Carol vers l'Ariège ne devait pas affecter le volume d'eau qui s'écoule vers l'Espagne. Ce projet ne serait pas conforme au traité de Bayonne de 1866 entre la France et l'Espagne « s'il était établi que la part des eaux du Carol dérivée vers l'Ariège est inférieure au volume d'eau affecté tant aux riverains du Carol en deçà de la frontière qu'à l'État français ». Le tribunal ajoute que : « En effet, grâce à la restitution opérée selon le mécanisme décrit [...] aucun usager garanti ne sera lésé dans sa jouissance [...] ; le volume à l'étiage des eaux disponibles du Carol, au passage de la frontière, ne subira, à aucun moment, une diminution ; il pourra même, en vertu du minimum garanti par la France, bénéficier d'une augmentation assurée par les eaux de l'Ariège coulant naturellement vers l'Atlantique »⁶¹. Le tribunal en orientant son analyse autour d'un débit environnemental minimum posa implicitement le principe d'une responsabilité internationale en cas de risque de violation par la France de ce débit environnemental minimum. A partir de là, la réalité d'une responsabilité internationale pour dommage environnemental devient perceptible et sa naissance de plus en plus annoncée.

Il est donc possible de conclure que la préfiguration et l'annonciation de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement se sont affirmées dans le droit du voisinage et de la coexistence internationale dont les multiples contentieux ont permis au droit international de s'offrir un régime propre de responsabilité internationale pour dommage à l'environnement.

II. L'Être de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement

Suite à la Conférence des Nations Unies de Stockholm de 1972 sur l'environnement humain, un mécanisme de responsabilité internationale pour dommage à l'environnement s'est peu à peu manifesté et s'est, par la suite, développé. Il s'agit dans cette partie de décrire son fonctionnement en mettant en lumière ses traits caractéristiques. L'Être de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement se caractérise par une certaine disparité (A) et une certaine spécificité (B).

⁶¹ Sentence du tribunal arbitral du 16 novembre 1957, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, pp. 281-317, p. 303.

A. L'être multiple ou la disparité de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement

L'absence d'unification du régime de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement est inhérente à la fragmentation du droit international⁶². Elle est aussi le reflet de l'orientation logique du *corpus juris* environnemental. Dans une approche chronologique, le droit international de l'environnement a fait l'objet d'une réglementation d'abord, sectorielle, puis, transversale avant d'être globale⁶³. En conséquence, le système de responsabilité internationale a été orienté autour de la logique classique de la responsabilité internationale (2) après s'être testé aux régimes de responsabilité objective (1).

1. Les régimes de la responsabilité objective pour dommage à l'environnement

Le régime de responsabilité objective est un régime qui subordonne la responsabilité à la survenance d'un dommage. Contrairement au régime classique de la responsabilité internationale qui découle de la commission d'un fait internationalement illicite, le dommage est la condition suffisante et nécessaire de la mise en œuvre de la responsabilité objective⁶⁴. La responsabilité objective est donc engagée indépendamment de la licéité ou de l'illicéité de l'activité en cause si celle-ci entraîne des dommages à l'environnement⁶⁵. L'existence d'une responsabilité objective pour dommage à l'environnement en droit international peut être fondée sur deux sources différentes, à savoir un principe général de droit, et le droit conventionnel. L'existence de la responsabilité internationale objective à travers un principe général de droit est liée à une certaine convergence des ordres juridiques nationaux en ce qui concerne la responsabilité sans faute pour dommage. Il existe presque dans tous les ordres juridiques nationaux un principe de responsabilité sans

⁶² Sur les conséquences de cette fragmentation, voir M. KOSKENNIEMI, « Fragmentation du droit international difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », *Rapport du groupe d'étude de la Commission du droit international*, doc. A/CN.4/L.682 du 13 avril 2006.

⁶³ Dans ce contexte de la globalité, Laurence Boisson de Chazournes prône « l'application combinée des différents corps de normes », voir L. BOISSON DE CHAZOURNES, « La protection de l'environnement global et les visages de l'action normative internationale » in *Pour un droit commun de l'environnement, mélanges en l'honneur de Michel PRIEUR*, Dalloz, 2007, pp. 41-57, p. 52. Pour Stéphane Doumbe-Bille, « la globalisation environnementale conduit le droit international de l'environnement à surplomber la diversité kaléidoscopique des réglementations sectorielles et à se transformer en un droit de la transversalité environnementale, capable d'encadrer valablement la complexité inhérente aux processus environnementaux », voir S. DOUMBE-BILLE, « Le droit international de l'environnement et l'adaptation aux changements planétaires » in *Pour un droit commun de l'environnement, mélanges en l'honneur de Michel PRIEUR*, Dalloz, 2007, pp. 91-102, p. 96.

⁶⁴ A. TANZI, « Is Damage a distinct condition for the existence of an internationally wrongful Act ? » in M. SPINEDI and B. SIMMA (Ed.), *United Nations Codification of state responsibility*, London, 1987, pp. 1-33, p. 8.

⁶⁵ Institut de Droit International, Session de Strasbourg, *La responsabilité en droit international en cas de dommages causés à l'environnement*, 4 septembre 1997, article 1 alinéa 3.

faute, que ce soit en cas d'accidents de travail⁶⁶, de risques exceptionnels⁶⁷ ou de l'utilisation des produits défectueux⁶⁸. L'étendue des activités sujettes à la responsabilité objective peut varier ; dans certains pays, la gamme de ces activités étant plus limitée que dans d'autres. Il en va de même pour le fondement juridique de la responsabilité objective. Il peut s'agir d'une « présomption de faute », de la notion de « risque » ou d'« activité dangereuse ». Au-delà de la façon dont les Etats interprètent et formulent le principe de la responsabilité objective, ce dernier reste essentiellement le même. Ce bref aperçu du droit interne montre que la responsabilité objective, en tant que concept juridique est solidement admise aujourd'hui par la plupart des systèmes juridiques, spécialement les pays techniquement avancés où la législation applicable à la responsabilité quasi délictuelle est la plus complexe. L'existence d'un principe général de droit en matière de responsabilité objective signifie que, même en l'absence de sa consécration par des textes internationaux, la règle de la responsabilité objective pour dommage environnemental pourrait toujours être constatée et appliquée par le juge international par déduction de la pratique convergente des systèmes de droit interne.

L'introduction et l'application de la responsabilité objective en droit international constitue, en revanche, un événement relativement nouveau par rapport au droit interne, ce qui fait que les règles applicables en la matière sont moins développées qu'en droit interne. Lesdites règles ont trouvé une assise importante dans le droit conventionnel.

Les traités qui abordent la question de la responsabilité objective peuvent être classés en deux catégories : d'une part, les conventions relatives à la responsabilité civile, qui contiennent des dispositions aussi bien de fond que de procédure touchant la responsabilité des exploitants et, parfois, des États ; d'autre part, les traités qui

⁶⁶ La législation en matière d'accidents du travail trouve sa source dans les obligations qui incombaient jadis au maître, en common law, concernant la protection de ses serviteurs, voir W. L. PROSSER, *Handbook of the Law of Torts*, 4e éd., Saint Paul, West Publishing Co., 1971, p. 525 et ss. Voir également J. G. ANDERSON, « The Rylands v. Fletcher doctrine in America : abnormally dangerous, ultrahazardous, or absolute nuisance ? », *Arizona State Law Journal*, Tempe, 1978, p. 99.

⁶⁷ Voir l'ancien article 1384 du code civil français devenu article 1104 suite à la révision du code civil de 2016. La Cour de cassation française dans un arrêt de juin 1896 a reconnu que l'article 1384 du code civil instituait un régime de responsabilité objective. Voir aussi *Jand'heur c. Galeries belfortaises* (1930), Dalloz, *Recueil périodique et critique*, 1930 (Paris), 1ère partie, p. 57. Pour la responsabilité sans faute en droit français, voir également M. ANCEL, « La responsabilité sans faute en droit français », *Travaux de l'Association Henri Capitant pour la culture juridique française*, Paris, Dalloz, 1947, tome II (1946), p. 249. En common law, la responsabilité objective tire sa source de l'affaire *Rylands v. Fletcher* rendue par la Chambre des Lords en 1868, voir *The Law Reports, Court of Exchequer*, vol. I, 1866, p. 265. En Pologne, voir les articles 435 à 437 du code civil de 1964 ; l'article 178 du code civil égyptien ; l'article 231 du code civil iraquien ; l'article 291 du code civil jordanien ; l'article 161 du code civil soudanais ; l'article 1384 du code civil burkinabè ; l'article 124 du code civil sénégalais.

⁶⁸ Les principes applicables ont été énoncés aux États-Unis dans l'affaire *Escola c. Coca Cola Bottling Co.* (1944). Pour une analyse de cette affaire, voir *California Reports 2d Series*, vol. 24, p. 453, ainsi que p. 462. En France, le Conseil d'État a élaboré depuis 1944, en droit administratif français, un principe général de responsabilité sans faute fondé sur la théorie des risques ou sur le principe de l'égalité devant les charges publiques. Ce principe a été exprimé par Léon Duguit dans son *Traité de droit constitutionnel* (3e éd., p. 469), cité par L. NEVILLE BROWN, J. F. GARNER et J.-M. GALABERT, *French Administrative Law*, 3e éd., Londres, Butterworths, 1983, p. 121.

rendent l'État directement responsable en cas de survenance d'un dommage environnemental.

Les traités multilatéraux qui abordent la question de la responsabilité civile objective portent principalement sur la navigation, les hydrocarbures et les matières nucléaires. Une des toutes premières conventions à avoir mis en place un régime de responsabilité civile dans le domaine de la navigation, en 1924, est la Convention internationale pour l'unification de certaines règles concernant la limitation de la responsabilité des propriétaires de navires de mer. Aux termes de l'article 1^{er} de la Convention, la responsabilité du propriétaire d'un navire de mer est limitée à un montant égal à la valeur du navire, du fret et des accessoires du navire. Il est responsable « 1. Des indemnités dues à des tiers à raison des dommages causés à terre ou sur l'eau, par les faits ou fautes du capitaine, de l'équipage, du pilote ou de toute autre personne au service du navire ; [...] 4. Des indemnités dues à raison d'une faute nautique commise dans l'exécution d'un contrat ». Aux termes du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention, la limitation de responsabilité énoncée à l'article 1^{er} ne s'applique pas « aux obligations résultant de faits ou fautes du propriétaire du navire ». A travers son article 1^{er} et le paragraphe 1 de l'article 2 fondés sur les dommages résultant *des faits* du propriétaire du navire, la Convention semble avoir introduit un régime de responsabilité objective.

Dans le domaine de la pollution, l'accident du Torrey Canyon, en 1967, a conduit les États à s'entendre sur un régime de responsabilité pour les dommages causés par la pollution par les hydrocarbures. C'est ainsi que la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (ci-après dénommée « Convention de Bruxelles de 1969 ») a été adoptée le 29 novembre 1969. Quoiqu'instituant un régime de responsabilité objective, sa mise en œuvre nécessite trois conditions cumulatives : d'abord la preuve de dommages de pollution par des hydrocarbures, ensuite que cette pollution soit le fait d'un navire pétrolier et, enfin que les zones affectées soient les côtes, la mer territoriale ou la zone économique exclusive d'un Etat partie à cette convention⁶⁹. Toutefois, la Convention de Bruxelles de 1969 connaît des cas d'exonération et de limitation de responsabilité. Les cas de guerre, de cataclysmes naturels, de négligence d'un gouvernement dans l'entretien des feux ou des aides à la navigation, constituent des causes exonératoires de responsabilité. Le Protocole de 1984 modifiant la Convention de Bruxelles de 1969 a élargi les limites de la responsabilité. Dès lors que le demandeur a épuisé la procédure pour l'établissement de la responsabilité en vertu de la Convention de Bruxelles de 1969, il peut avoir recours à la procédure du Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, établi en 1971 par la Convention internationale portant création du Fonds. Le régime de responsabilité appliqué dans ce cas est également un régime de responsabilité objective auquel il ne peut être dérogé que pour des motifs limités. Aussi bien un

⁶⁹ H. LHOSTIS et *alii*, « Le régime de responsabilité en cas de pollution des mers par hydrocarbures », *Revue juridique de l'Ouest*, N° Spécial. La mer, 1995, pp. 93-112, p. 96 ; voir aussi T. HARDMAN REIS, *Compensation for Environmental damage under International Law*, Wolters Kluwer, 2011, p. 12.

demandeur privé qu'un armateur peuvent chercher à obtenir réparation auprès du Fonds.

Les régimes de responsabilité prévus en cas de dommage nucléaire sont plus divers que ceux qui ont trait à la pollution par les hydrocarbures. Ces régimes semblent permettre une plus grande responsabilité des États – ce qui s'explique peut-être par le caractère extrêmement risqué des activités nucléaires et par l'étendue et la pérennité des dommages qu'elles peuvent causer⁷⁰. Pour ce qui est des régimes prévus par les traités, cependant, la responsabilité civile demeure le principal moyen d'indemnisation des dommages. Il s'agit entre autres de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire⁷¹. L'article 2. a) de cette Convention précise que « La présente Convention s'applique aux dommages nucléaires subis sur le territoire de, ou dans toute zone maritime établie conformément au droit international par, ou, excepté sur le territoire d'un Etat non - Contractant non visé aux alinéas (ii) à (iv) du présent paragraphe... ». La Convention a prévu un mécanisme de responsabilité à travers plusieurs couches en canalisant d'abord la responsabilité autour de l'exploitant à titre principal⁷² pour ensuite l'étendre à l'assureur ou au garant⁷³. Même si la responsabilité de l'exploitant est limitée dans son montant et dans sa durée, le principe d'unicité de juridiction et d'égalité de traitement des victimes consacré par cette Convention, favorise la simplification de son application internationale à travers la désignation d'un seul tribunal compétent par Etat en cas d'accident nucléaire, celui du lieu de l'accident de la Partie contractante⁷⁴.

Un régime de responsabilité objective a également été mis en place par la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure. L'article 5 de la Convention stipule que « le transporteur au moment d'un événement est responsable de tout dommage causé par les marchandises dangereuses au cours de leur transport par route, rail ou bateaux de navigation intérieure ». Les paragraphes 2 et 3 du même article prévoient également une responsabilité conjointe et solidaire des transporteurs. La même approche de la responsabilité a été adoptée, en 1984, dans le projet de convention sur la responsa-

⁷⁰ Voir C. W. JENKS, « Liability for ultrahazardous activities in international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1966-I (Leyde), tome 117, 1967, p. 105 et ss. ; B. D. SMITH, *State Responsibility and the Marine Environment : The Rules of Decision*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 112 à 115 ; G. HANDL, « Liability as an obligation established by a primary rule of international law », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XVI, 1985, p. 49 et ss. ; et L. F. E. GOLDIE, « Concepts of strict and absolute liability and the ranking of liability in terms of relative exposure to risk », *N.Y.I.L.*, vol. 16, 1985, pp. 175-248, p. 175 et ss.

⁷¹ Cette Convention adoptée dans le cadre de l'OCDE a été complétée par trois protocoles additionnels dont successivement les protocoles du 28 janvier 1964, du 16 novembre 1982 et du 12 février 2004.

⁷² Article 3 de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire qui dispose que : « L'exploitant d'une installation nucléaire est responsable conformément à la présente Convention de tout dommage nucléaire ». Voir aussi les articles 4 et 6 de la même Convention.

⁷³ L'obligation pour l'exploitant de souscrire à une assurance ou à une garantie est prévue par l'article 10 de la Convention.

⁷⁴ Article 13 de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire.

bilité et l'indemnisation dans le contexte du transport par mer de substances nocives ou hasardeuses. L'article 1er de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, adoptée le 9 mars 1993 par le Conseil de l'Europe, définit comme suit l'objet et le but de la Convention : « La présente Convention vise à assurer une réparation adéquate des dommages résultant des activités dangereuses pour l'environnement et prévoit également des moyens de prévention et de remise en état ». La Convention prévoit un régime de responsabilité objective pour les « activités dangereuses », étant donné que ces activités présentent « un risque significatif pour l'homme, l'environnement ou les biens ». À l'article 2, elle définit les activités dangereuses et les substances dangereuses.

A côté de ces conventions relatives à la responsabilité civile objective, la deuxième catégorie de traités portant sur la question de la responsabilité est celle des traités qui tiennent les États pour directement responsables. Il y a actuellement un seul traité relevant entièrement de cette catégorie, à savoir la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux. L'article II de la Convention dispose que « Un Etat 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 ». Cette responsabilité est réputée solidaire lorsque, aux termes de l'article IV de la Convention, « [...] deux ou plusieurs Etats procèdent en commun au lancement d'un objet spatial ». Cette Convention est unique en ce sens qu'elle donne à la partie lésée un choix : introduire soit une demande de réparation devant les tribunaux nationaux, soit une action directe contre l'État⁷⁵.

Le régime de responsabilité objective institué par cette Convention est à certains égards critiquable. L'article VII de la Convention dispose que « Les dispositions de la présente Convention ne s'appliquent pas au dommage causé par un objet spatial d'un Etat de lancement : a) aux ressortissants de cet Etat de lancement [...] ». Si la Convention ne définit pas le terme « ressortissant », il est possible de penser que les termes « ressortissants de cet Etat » recouvrent soit toutes les personnes ayant un lien effectif de nationalité avec ledit Etat soit tout individu vivant sur le territoire dudit Etat. Dès lors, si la responsabilité de l'Etat est subordonnée au « dommage causé par son objet spatial à la surface de la Terre ou aux aéronefs en vol », exclure son application sur le fondement du lien de rattachement entre la victime et l'Etat du lancement viendrait à introduire un autre critère de responsabilité incompatible avec l'objet et le but de la Convention qui est de mettre en place une responsabilité de l'Etat pour dommage. Le lien entre la victime et l'Etat du lancement n'est pas pertinent comme condition d'application de la Convention dans la mesure où un ressortissant d'un Etat A du lancement peut subir un dommage dans un autre Etat B du fait du lancement de l'objet spatial par A à la surface de la Terre de l'Etat B. Cette hypothèse est d'ailleurs prévue par l'article VIII alinéas 2 et 3 de la Convention qui dispose que « 2. Si l'Etat dont les personnes physiques ou morales possèdent la

⁷⁵ Article X alinéa 1 de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire.

nationalité n'a pas présenté de demande en réparation, un autre État peut, à raison d'un dommage subi sur son territoire par une personne physique ou morale, présenter une demande à un État de lancement. 3. Si ni l'État dont les personnes physiques ou morales possèdent la nationalité, ni l'État sur le territoire duquel le dommage a été subi n'ont présenté de demande en réparation ou notifié leur intention de présenter une demande, un autre État peut, à raison du dommage subi par ses résidents permanents, présenter une demande à un État de lancement ». Il existe, dès lors, une certaine incompatibilité apparente entre les articles II, VII et VIII de la Convention.

Les régimes de responsabilité objective, quoique fondés sur la survenance du dommage, se caractérisent néanmoins par leur diversité. De ce fait, ils ne sont pas uniformisés et leur mise en œuvre peut souvent paraître problématique pour les victimes, d'où la nécessité de recourir au mécanisme de responsabilité classique.

2. Le régime classique de responsabilité internationale pour dommage à l'environnement

Le régime classique de responsabilité internationale est centré autour de deux mécanismes, à savoir la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite et la responsabilité internationale pour manquement à la *due diligence*.

La responsabilité internationale pour fait internationalement illicite repose sur le *Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite*⁷⁶ adopté par la Commission du Droit International (CDI) en 2001. Le fait internationalement illicite y est défini comme la violation d'une obligation internationale⁷⁷. Il y a violation d'une obligation internationale par un Etat, « lorsqu'un fait dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci »⁷⁸. La seule violation d'une obligation internationale imputable à un Etat engage sa responsabilité internationale indépendamment de tout dommage matériel ou non. Or, il existe en droit international général des règles relatives à l'interdiction de causer des dommages à l'environnement. La violation de ces règles par les Etats indépendamment de tout dommage matériel constitue un fait internationalement illicite et par conséquent engage leur responsabilité internationale au sens des articles 2 et 12 du *Projet d'articles de la CDI de 2001*. De ce fait, les considérations environnementales ont été prises en compte indirectement par le *Projet d'articles de*

⁷⁶ La responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite a fait l'objet d'un projet d'articles rédigés par la Commission de Droit international. Pour une consultation du texte du projet et les commentaires y relatifs, voir J. CRAWFORD, *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat : introduction, texte et commentaires*, Paris, Pedone, 2003.

⁷⁷ Article 2 du *Projet d'articles de la CDI, op.cit.*

⁷⁸ Article 12 du *Projet d'articles de la CDI, op.cit.*

la CDI dans le régime de la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite⁷⁹.

Il est intéressant de noter que les dommages environnementaux les plus fréquents découlant de faits internationalement illicites sont ceux qui sont causés en période de conflit armé ou à l'occasion de l'exploitation de ressources environnementales partagées. Pour ce qui est des conflits armés, le principe 24 de la Déclaration de Rio précise que « la guerre exerce une action intrinsèquement destructrice sur le développement durable [...] et que les Etats doivent « [...] respecter le droit international relatif à la protection de l'environnement en temps de conflit armé et participer à son développement, selon que de besoin »⁸⁰. De ce fait, les traités relatifs à la protection de l'environnement sont présumés s'appliquer en tout ou partie pendant un conflit armé⁸¹. Les atteintes à l'environnement comme objectif civil en période de conflit armé sont prohibées⁸² et considérées comme une violation des lois et coutumes de guerre. Partant, les dommages causés à l'environnement du fait de la violation du droit international humanitaire (DIH)⁸³ peuvent être constitutifs de faits générateurs de responsabilité internationale. C'est dans ce cadre que la Commission d'indemnisation des Nations Unies a eu à examiner des demandes d'indemnisation pour frais entraînés par des pollutions dans le cadre de l'évaluation de la responsabilité de l'Iraq, en vertu du droit international, « de toute perte, de tout dommage - y compris les atteintes à l'environnement et la destruction des ressources naturelles, du fait de son invasion et de son occupation illicites du Koweït »⁸⁴. Dans sa décision 7, le Conseil d'administration de la Commission a précisé les différents types de dommages visés par l'expression « atteinte à l'environnement et destruction des ressources naturelles »⁸⁵. Si le mécanisme de la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite est une responsabilité étatique, il convient de mentionner que certains dommages environnementaux qualifiés de crimes de guerre

⁷⁹ Pour une analyse plus approfondie des considérations environnementales dans le Projet d'articles de la CDI, voir J. JUSTE-RUIZ, « Les considérations relatives à l'environnement dans les travaux de codification sur la responsabilité internationale de l'Etat » in *Pour un droit commun de l'environnement, mélanges en l'honneur de Michel PRIEUR*, Dalloz, 2007, pp. 181-205.

⁸⁰ Pour un commentaire de ce principe, voir M. L. TOUGAS, « Principe 24 : The Environment in Armed Conflict » in J. E. VINALES, (Ed.), *The Rio Declaration on Environment and Development*, Oxford, OUP, 2015, pp. 569-584.

⁸¹ Articles 6 et 7 du Projet d'articles de la CDI sur les effets de la guerre sur les traités.

⁸² Rule 43, ICRC, Customary Law Study.

⁸³ D. MOMTAZ, « The use of nuclear weapons and the protection of the environment, the contribution of the international court of justice » in L. BOISSON DE CHAZOURNES, Ph. SANDS (Ed.), *International Law, the International court of justice and nuclear weapons*, CUP, 1999, pp. 354-374.

⁸⁴ § 16 de la résolution 687 du Conseil de Sécurité du 3 avril 1991. Cette Commission n'est pas une juridiction au sens strict mais remplit des fonctions quasi-juridictionnelles, voir Rapport du SGNU S/22559, 1991, §§ 20 ; 25. Pour une analyse plus approfondie de la pratique de la Commission des Nations-Unies dans le cadre de la guerre d'Iraq, voir J. Ch. MARTIN, « La pratique de la Commission d'indemnisation des Nations-Unies pour l'Iraq en matière de réclamations internationales » in *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, colloque d'Aix-en-Provence, Pedone, 2010, pp. 257-274.

⁸⁵ Décision 7 du 17 mars 1992, *Critères applicables à d'autres catégories de réclamations*, S/AC.26/1991/7/Rev.1.

font l'objet d'une répression pénale internationale dans le cadre de la responsabilité pénale individuelle devant les tribunaux pénaux internationaux⁸⁶.

Le mécanisme de la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite présente un avantage à travers l'objectivation des critères de responsabilité. Toutefois, certaines lacunes méritent d'être soulignées. Nous n'en soulignerons que deux à titre illustratif. La première lacune est le problème de l'attribution du fait illicite à l'Etat pour dommage environnemental surtout si le dommage environnemental résulte d'un concours de faits illicites complexes impliquant à la fois plusieurs Etats et des entités non étatiques. Si l'article 47 du Projet d'articles de 2001⁸⁷ offre une solution dans le cas de violation d'une obligation juridique internationale par plusieurs Etats permettant d'engager la responsabilité de chaque Etat de manière séparée, il est toutefois difficile d'engager la responsabilité des entités non-étatiques sous cet angle du fait de leur participation au fait illicite. La seconde lacune est liée à la question de la preuve de causalité dans le cadre de dommages environnementaux continus découlant de faits illicites instantanés. Dans de tels schémas, la causalité classique est souvent insuffisante pour résorber la question du rattachement étroit entre le fait et l'effet lointain dommageable de celui-ci.

Ces difficultés ont permis de développer un autre mécanisme plus ou moins adapté à la nature particulière des normes du droit international de l'environnement. Il s'agit de la responsabilité pour manquement à la *due diligence*.

En droit international, de manière générale, la *due diligence* se réfère à « un standard (d'évaluation) de comportement des Etats (et d'autres institutions publiques de droit international, comme les organisations internationales) (le plus souvent greffé sur une obligation primaire de comportement [généralement une obligation positive de prévention, de protection ou de réparation, mais pas

⁸⁶ *Affaire Procureur c. Vidoje Blagojević et Dragan Jokić*, IT-02-60-T, TPIY, Chambre de première instance, jugement du 17 janvier 2005, § 666 ; voir aussi *Affaire Procureur c. Tihomir Blaškić*, IT-95-14-T, TPIY, Chambre de première instance, jugement du 3 mars 2000, §§ 157 et 340 (atteinte aux éléments culturels en période de conflit armé) ; *Affaire Procureur c. Strugar*, TPIY, IT-01-42, Chambre de première instance, jugement du 31 janvier 2005, §§ 299 et 327 où le tribunal a déclaré la culpabilité de Sieur Strugar pour avoir commis des crimes de guerre en détruisant des biens culturels notamment la vieille ville de Dubrovnik, inscrite sur la liste du Patrimoine mondial de l'UNESCO depuis 1979. Dans le cadre de la Cour pénale internationale, voir *Affaire Procureur c. Ag Abdoul Aziz, Al Hassan*, Chambre préliminaire I, confirmation des charges, décision du 30 septembre 2019 (il est accusé d'avoir commis des crimes de guerre à travers des « attaques intentionnellement dirigées contre des bâtiments consacrés à la religion et monuments historiques ») ; *Affaire Procureur c. Yekatom Alfred*, Chambre préliminaire II, décision de confirmation de charges, 11 décembre 2019 (il est accusé d'avoir dirigé des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion) ; *Affaire Procureur c. Al Faqi Al Mahdi Ahmad*, Chambre de première instance III, décision de culpabilité, 27 septembre 2016 (il est déclaré coupable pour crimes de guerre pour avoir dirigé intentionnellement des attaques contre des bâtiments à caractère religieux et historiques sis à Tombouctou), voir aussi Chambre de première instance VIII, ordonnance du 17 août 2017 sur la fixation du montant de la réparation à 2,7 millions d'euros au titre des réparations individuelles et collectives à verser à la communauté de Tombouctou.

⁸⁷ Article 47 du Projet d'articles de 2001, « Pluralité d'Etats responsables » : « 1. Lorsque plusieurs Etats sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque Etat peut être invoquée par rapport à ce fait. 2. Le paragraphe 1 :

- a) Ne permet à aucun Etat lésé de recevoir une indemnisation supérieure au dommage qu'il a subi ;
- b) Est sans préjudice de tout droit de recours à l'égard des autres Etats responsables ».

uniquement] »⁸⁸. Comme standard de comportement, comme étalon de mesure de l'action étatique, la *due diligence* est suffisamment ancrée tant dans la pratique conventionnelle des Etats⁸⁹ que dans la jurisprudence internationale⁹⁰. Toutefois, la structure normative et le contenu de ce concept demeurent encore largement indéterminés⁹¹. Une telle indétermination peut surprendre au sujet d'un principe si bien établi et répandu en droit international, mais la *due diligence* paie peut-être là le prix de son succès. Dans sa relation avec le droit de la responsabilité internationale, la *due diligence* est à la fois un standard greffé sur une obligation primaire de droit international qu'il qualifie et une dimension de la responsabilité internationale pour violation de cette obligation. Elle ne peut être réduite au champ de règles dites primaires ni à celui des règles dites secondaires de droit international et c'est en cela que la responsabilité pour manquement à la diligence due se distingue sérieusement du mécanisme de la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite.

Le cadre général de la responsabilité pour manquement à la *due diligence* a été fixé dans deux Projets de la Commission de droit international en relation avec la « responsabilité internationale de l'Etat pour des activités qui ne sont pas interdites par le droit international ». Le premier est un Projet d'articles de 2001 relatif à la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses⁹². Le second est un Projet de principes de 2006 et est relatif à la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses⁹³. Ces deux Projets font reposer la responsabilité internationale de l'Etat sur les obligations de prévention tant procédurales que substantielles et opèrent un glissement du régime de *responsibility* vers celui de *liability*. Contrairement au régime de *responsibility* axé

⁸⁸ S. BESSON, « La due diligence en droit international », *RCADI*, 2020, p. 171.

⁸⁹ Par exemple : article 22 (2) de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques du 18 avril 1961, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95 (CVRD) ; articles 58, 62, 94, 139, 192 et 194 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 3 ; article 3 de la Convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992, *Recueil des Traités*, vol. 1760, p. 79 ; articles 7 (1), 21 (2) et 22 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation du 21 mai 1997, *Recueil des Traités*, vol. 2999 ; articles 5, 13, 24, 32 et 34 du Règlement sanitaire international du 23 mai 2005, *Recueil des Traités*, vol. 2509, p. 79 ; article 6 (3) du Traité sur le commerce des armes du 2 avril 2013, *Recueil des Traités*, vol. 3013 ; article 5 (2) de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique du 2 décembre 2016, STCE no 210 (Convention d'Istanbul).

⁹⁰ *Affaire de l'Alabama* (Etats-Unis c. Royaume-Uni), sentence du 15 septembre 1872, *RAI* vol. II, p. 713 ; *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol* (Espagne c. Royaume-Uni), sentence du 1er mai 1925, *RSA* vol. II, p. 615 ; *Affaire de l'Île de Palmas* (Pays-Bas c. Etats-Unis d'Amérique), sentence du 4 avril 1928, *RSA* vol. II, p. 829, p. 839 ; *Affaire Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) c. Republic of Sri Lanka*, case no ARB/87/3, sentence du 27 juin 1990, §§ 609-610 ; *Affaire Indus Waters Kishenganga* (Pakistan c. Inde), sentence partielle du 18 février 2013, CPA 2011-01, §§ 449-450 ; *Affaire de la Mer de Chine du Sud* (Philippines c. Chine), sentence du 12 juillet 2016, CPA 2013-19, p. 296, § 117.

⁹¹ La Cour internationale de Justice a préféré avertir déjà sur le caractère indéterminé de ce principe dans l'affaire *Génocide* et se défend d'y établir une « jurisprudence générale » en matière d'obligations de prévention diligente, mais n'exclut pas d'avoir recours à ce qu'elle dénomme les « règles de droit dont la portée dépasse le seul domaine » concerné par l'affaire en cause ; voir 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, CIJ Recueil 2007, p. 43, § 429.

⁹² « Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et commentaires y relatifs » in *Annuaire de la Commission de droit international*, 2001, vol. II (2).

⁹³ « Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses » in *Annuaire de la Commission de droit international*, 2006, vol. II (2).

sur des normes secondaires (conséquences de la violation de normes primaires)⁹⁴, le régime de *liability* est lié à la violation des obligations primaires.

Sur le plan temporel, la responsabilité internationale pour manquement à la *due diligence* peut être constatée *ex ante*, *durante* et *ex post* c'est-à-dire avant, pendant et après l'activité en cause pour laquelle une certaine diligence est requise⁹⁵. De manière pratique, la mise en œuvre de la responsabilité pour manquement à la *due diligence* procède de l'évaluation de la nature de l'activité en cause, du comportement de l'Etat et de la relation entre le risque de dommage probable et l'activité exercée. Ce procédé d'évaluation de la *due diligence* permet de distinguer la *due diligence in se* de la *due diligence per se*.

La responsabilité internationale pour manquement à la *due diligence in se* est subordonnée à l'existence d'un certain seuil de gravité. L'exigence d'un certain seuil de gravité est liée au souci d'assurer une certaine proportionnalité entre la diligence due et le degré de risque de dommage. S'il n'existe pas de standard précis pour évaluer ce seuil de gravité⁹⁶, les critères généralement retenus par les conventions internationales et la jurisprudence internationale sont ceux du caractère « significatif »⁹⁷, « durable »⁹⁸ ou « sévère » du dommage environnemental. Toute cette palette de critères requis vise au mieux à permettre aux Etats de prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif. Une telle obligation suppose que les Etats prennent des mesures pour s'efforcer de réduire jusqu'au point le plus bas les effets du dommage, en faisant appel aux connaissances scientifiques et aux techniques disponibles ainsi qu'à leur capacité économique. Lorsqu'il est prouvé que l'Etat n'a pas pris toutes les mesures qu'il aurait dû prendre, alors sa responsabilité pour manquement à la *due diligence* peut être engagée.

⁹⁴ « Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs » in *Annuaire de la Commission du droit international, 2001*, vol. II (2), p. 61, § 1 où la CDI précise dans les commentaires que : « Les présents articles ont pour objet d'énoncer par codification et développement progressif les règles fondamentales du droit international relatives à la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, en s'attachant essentiellement aux règles secondaires de cette responsabilité, c'est-à-dire aux conditions générales que pose le droit international pour que l'Etat soit considéré comme responsable d'actions ou omissions illicites, et aux conséquences juridiques qui en découlent. Ils ne cherchent pas à définir le contenu des obligations internationales dont la violation engage la responsabilité : c'est là le rôle des règles primaires, que l'on ne pourrait codifier qu'en paraphrasant la plus grande partie du droit international positif, coutumier et conventionnel ».

⁹⁵ Voir l'article 14 du Projet d'articles adopté par la CDI à titre provisoire et traitant de la prévention ; voir article 9 à 19 et commentaires, *Annuaire de la CDI 1996*, vol. II (2e partie), annexe I, p. 128 à 140. Cette approche a été proposée par l'Institut du Droit International (IDI) à l'article 14 de la Résolution de Strasbourg de septembre précité.

⁹⁶ *Opinion individuelle* de la juge J. Donoghue jointe à *l'Affaire de Certaines activités menées par le Nicaragua dans la zone frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua) ; *Construction d'une route en Costa Rica au long du fleuve San Juan* (Nicaragua c. Costa Rica), 16 décembre 2015, § 21.

⁹⁷ Article 7.1 et article 21 alinéas 1 et 2 de la Convention de New-York sur les cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation du 21 mai 1997 ; article 3.2. b du Protocole au Traité sur l'Antarctique du 14 janvier 1991. Ce critère « significatif » est retenu par le Projet de principes de 2006 et le Projet d'articles de 2001 pour les dommages transfrontières. Quant à la jurisprudence, voir *Affaire du Rhin de fer*, CPA, 24 mai 2005, § 59 ; *Affaires jointes Nicaragua c. Costa Rica du 16 décembre 2015*.

⁹⁸ *Affaire du thon à nageoire bleue*, mesures conservatoires, TIDM, 27 août 1999, § 67 ; 77 ; affaire de *l'Usine Mox*, TIDM, mesures conservatoires, 3 décembre 2001, § 63 ; 73 ; article 14.1. d) et e) de la Convention sur la diversité biologique.

Ceci étant, en dehors de ces critères de seuil de gravité du dommage, les juridictions internationales sont en principe réticentes à conclure à une quelconque responsabilité pour manquement à la *due diligence* et à accorder une réparation pour un dommage environnemental. Ainsi, dans le cadre de l'évaluation des dommages résultant du bombardement de l'OTAN en République de Yougoslavie, « the Committee established to review the NATO bombing campaign against Federal Republic of Yugoslavia came to the conclusion that damage to the natural environment caused by the NATO bombing campaign in Kosovo did not reach the threshold of widespread long-term and severe »⁹⁹. De même, lorsque l'Éthiopie avait demandé à la Commission de réclamations dans le cadre de la guerre Érythréo-Éthiopie d'allouer une certaine somme pour les dommages environnementaux causés par les forces armées érythréennes en arguant que les dommages environnementaux étaient le fait de la violation du DIH, la Commission a rejeté cette demande au motif que les allégations et la preuve étaient en deçà du standard requis d'un « dommage environnemental très répandu »¹⁰⁰. Toutefois, la nécessité d'un seuil de gravité peut être écartée par le biais d'une *lex specialis*¹⁰¹ ou son appréciation relativisée au regard de la nature de la ressource environnementale atteinte. C'est pourquoi, dans le cadre de la Commission d'Indemnisation des Nations-Unies (CINU), le Comité F4 a, de son côté, souligné qu'un dommage insignifiant peut être qualifié de significatif s'il est causé à une zone particulièrement sensible du point de vue écologique ou lorsque le dommage, joint à d'autres facteurs, risque d'avoir des effets nocifs additionnels ou plus graves sur l'environnement¹⁰².

En sus de la *due diligence in se*, il convient d'analyser le mécanisme de la *due diligence per se* dans l'évaluation du comportement de l'État. La *due diligence per se*, est intimement liée au principe de précaution et est, à ce titre, analysée de manière plus large que la *due diligence in se* par les juridictions internationales. Beaucoup plus rencontrée dans le contexte particulier des projets de développement aux conséquences préjudiciables transfrontières ou dans le contexte de l'exploitation des ressources naturelles partagées, la *due diligence per se*, est analysée par rapport au risque *per se*. Le juge international procède à l'évaluation de la *due diligence per se* à travers une analyse compressive des éléments de mise en œuvre du principe de précaution dans le contexte de l'incertitude scientifique¹⁰³. Le plus souvent, cette évaluation est concentrée sur les obligations environnementales procédurales induites par le principe de précaution. La Cour internationale de Justice a souvent

⁹⁹ *Report to the Prosecutor by Committee established to review the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, 2000, § 17.

¹⁰⁰ *Central Front Ethiopia's Claim 2, Partial Award between Federal Democratic Republic of Ethiopia and State of Eritrea*, 22 April 2004, § 100.

¹⁰¹ La dérogation au critère du seuil de gravité a été admise par la résolution 687 (1991) du CSNU qui précisait qu'« une indemnité peut être accordée pour « toute perte [...] tout dommage [...] et tous autres préjudices directs » ; voir A. KOLLIPOULOS, *La Commission d'indemnisation des Nations-Unies et le droit de la responsabilité internationale*, préface de Pierre-Marie DUPUY, LGDJ, 2001.

¹⁰² Décision n° 7 du Comité F4, (doc. S/AC.26/1991/7/Rev.1), § 35.

¹⁰³ Sur le contenu de ce principe, voir, L. BOISSON DE CHAZOURNES, « Le principe de précaution : Nature, contenu et limites » in Ch. LEBEN et J. VERHOEVEN (dir.), *Le principe de précaution : aspects de droit international et communautaire*, L.G.D.J., Paris, 2002, pp. 65-94.

conclu au manquement de la *due diligence* en engageant la responsabilité internationale de l'Etat, lorsque ce dernier n'a pas procédé¹⁰⁴ ou a mal procédé¹⁰⁵ à une étude d'impact environnemental pourtant nécessaire dans le cadre d'un projet à risque. De même, le refus pour un Etat de prendre des mesures dans un contexte d'incertitude scientifique peut être considéré dans le contexte environnemental, comme une violation de son obligation de *due diligence per se*¹⁰⁶. Pour illustration, dans l'affaire de la *Plateforme offshore*¹⁰⁷, le tribunal arbitral a justifié la responsabilité de l'Etat et de l'entreprise concessionnaire sur deux bases juridiques distinctes : la responsabilité de l'Etat sur la base de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer notamment à travers l'obligation de retirer les installations désaffectées afin de ne pas polluer le milieu marin et la responsabilité de l'entreprise concessionnaire au moyen du droit international coutumier notamment en se fondant sur l'obligation faite aux opérateurs privés de remettre en état les sites pollués au nom du principe de précaution¹⁰⁸.

Contrairement à la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite, la responsabilité pour manquement à la *due diligence* permet de mieux appréhender les opérateurs privés, de faire peser sur ces derniers, – même si c'est indirectement – de lourdes obligations tout en facilitant la mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat. Cependant, il existe dans le mécanisme de responsabilité pour manquement à la *due diligence* tout comme dans celui pour fait internationalement illicite, des difficultés liées à l'établissement du lien de causalité. Pour la *due diligence*, la difficulté à établir le lien de causalité entre le risque encouru ou suscité et le comportement requis tient déjà au rôle de la *due diligence* dans l'établissement du contenu des obligations auxquelles elle se greffe. La prévisibilité

¹⁰⁴ *Certain Activities carried out by Nicaragua in the border area* (Costa v. Nicaragua) ; *Construction of a road in Costa Rica along the San Juan River* (Nicaragua v. Costa Rica), ICJ, 16 December 2015, §§ 162 ; 229. Pour une analyse détaillée et critique de cette affaire, lire J. Katz COGAN, « Certain Activities carried out by Nicaragua in the border area (Costa v. Nicaragua) ; Construction of a road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica) », *American Journal of International Law*, April 2016, vol. 110, number 2, pp. 320-326.

¹⁰⁵ *Usine de pâte à papier* (Argentine c. Uruguay), CIJ, arrêt du 20 avril 2010, § 104.

¹⁰⁶ *Affaire Bergaderm* (Bergaderm c. Commission des Communautés européennes), 16 juillet 1998, T-199/96, rec. p. II-2805 où la Cour de justice de l'Union affirme : « [...] Au demeurant, lorsque des incertitudes subsistent quant à l'existence et à la portée de risque pour la santé des consommateurs, les institutions peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de son risque soient pleinement démontrées ».

¹⁰⁷ L'affaire opposait une multinationale du pétrole à un Etat africain. Après l'exploitation d'une plateforme offshore en Afrique pendant un temps assez long, des dommages environnementaux ont été provoqués par les extractions. En revanche, aucune prévision contractuelle n'avait été établie pour la responsabilité associée à une pollution environnementale. La question était donc de savoir qui devrait supporter la charge de la réparation, l'Etat ou l'entreprise. L'affaire est rendue par la CCI (Chambre de Commerce et d'Industrie) et citée par C. ASFAR-CAZENAIVE et L. RAVILLON, « L'appréhension de la dette écologique en droit du commerce international : approches contractuelle et contentieuse », *Vertigo - la revue électronique en sciences de l'environnement*, Hors-série 26 septembre 2016, mis en ligne le 9 septembre 2016 et disponible sur : <http://journals.openedition.org/vertigo/17485> consulté le 27 février 2021 ; DOI : <https://doi.org/10.4000/vertigo.17485>.

¹⁰⁸ C. C. DE OLIVEIRA, *La réparation des dommages environnementaux en droit international. Contribution à l'étude de la complémentarité entre le droit international public et le droit international privé*, Editions universitaires européennes, 2012, p. 145, n°267 ; voir aussi T. CLAY, « Arbitrage et environnement », *Les cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal.*, n. 149, 29 mai 2003, p. 5.

du risque, tant objective que subjective, implique aussi la prévisibilité, tant réelle que construite, de la causalité entre une certaine mesure (active ou passive), et donc le comportement du débiteur, et l'augmentation ou la diminution de son impact sur ce risque¹⁰⁹. Ces différents liens de causalité, qu'ils soient réels ou construits, sont très difficiles à établir en pratique. Et la jurisprudence¹¹⁰ n'est pas toujours très rigoureuse quant à leur élucidation.

L'analyse de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement sur la base du système classique et pour manquement à la *due diligence* a permis de déceler les complexités et les difficultés que l'on peut rencontrer en tentant de subordonner la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement aux règles classiques du droit de la responsabilité internationale de l'Etat. La logique de ces règles ne permet pas toujours d'atteindre l'objectif poursuivi par la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement, à savoir la prévention des dommages environnementaux. Les Etats ont alors tenté de mettre en place un autre mécanisme de responsabilité qui présente une certaine spécificité au regard de sa nature *sui generis*.

B. L'être singulier ou la spécificité « *sui generis* » de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement : la *soft responsibility*

Le droit de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement a évolué de telle manière à donner lieu à des mécanismes *sui generis*. Ces mécanismes ont pour particularité de transcender la logique de réaction à la violation d'une obligation internationale et l'esprit conflictuel qui caractérise le mécanisme classique de la responsabilité internationale. L'un des mécanismes *sui generis* par excellence est celui découlant des procédures de non-respect des obligations environnementales qui ont été développées dans le cadre de régimes conventionnels.

Le mécanisme ou la procédure de non-respect est *soft* et continu¹¹¹ et met plutôt l'accent sur les aspects préventifs et incitatifs que sur la sanction des Etats pour violation de leurs obligations internationales en matière environnementale. Il faut d'emblée souligner que l'ambition ici n'est pas de donner un exposé détaillé de tous les mécanismes de non-respect mais de présenter en termes généraux leurs traits saillants à partir d'une lecture sous l'angle de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement. Le premier mécanisme de non-respect a été institué par le Protocole de Montréal relatif aux substances qui appauvrissent la couche

¹⁰⁹ S. BESSON, *op.cit.*, p. 313.

¹¹⁰ CourEDH, *Affaire O'keeffe c. Irlande*, requête n° 35810/09, arrêt du 28 janvier 2014, § 149.

¹¹¹ Il faut toutefois nuancer l'affirmation avec le Protocole de Montréal et le Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique qui ne prévoient pas explicitement le déclenchement de la procédure de non-respect en dehors de situations de non-respect avérées.

d'ozone¹¹². Ce type de procédure est généralement décrit comme « facultatif, de caractère non conflictuel, non judiciaire et consultatif pour examiner le respect des dispositions »¹¹³ d'une convention environnementale ou encore comme « non-confrontational, transparent, cost-effective and preventive in nature, simple, flexible, non-binding and oriented in the direction of helping parties to implement the provisions »¹¹⁴ d'un accord environnemental. Dans le même sillage, l'Accord de Paris sur le climat prévoit que le « mécanisme pour faciliter la mise en œuvre et promouvoir le respect de (ses) dispositions », est « constitué d'un comité d'experts et axé sur la facilitation, et fonctionne d'une manière qui est transparente, non accusatoire et non punitive ».

D'un point de vue institutionnel et procédural, le mécanisme de non-respect est un mécanisme participatif, c'est-à-dire ouvert aux Etats, eux-mêmes assistés techniquement par des organes conventionnels de contrôle. La procédure peut être déclenchée non seulement « *par toute partie à l'égard d'elle-même* » mais aussi « *par toute partie à l'égard d'une autre partie, informations probantes à l'appui* ». Dans ce dernier cas de figure, les États ont ainsi, en cas de manquement d'un des Etats parties à un régime conventionnel, la possibilité de faire valoir un *soft legal interest*, c'est-à-dire leur qualité à agir en tant que représentant de la communauté des parties pour défendre l'intérêt commun¹¹⁵.

Dans leur fonctionnement, la plupart des procédures déclenchées par une ou plusieurs parties se fonde soit sur un *risque* détecté de violation d'une obligation par une des parties ou repose sur le système des rapports nationaux¹¹⁶. Le système des rapports étatiques est utilisé dans le cadre des procédures de non-respect comme source d'information de l'organe de contrôle et permet, outre d'informer celui-ci, d'exercer un contrôle continu sur l'exécution par les Etats de leurs obligations conventionnelles. Les conséquences du contrôle constituent l'aboutissement du contrôle et sa mise en œuvre. Le contrôle débouche généralement sur l'adoption de mesures. Certaines d'entre elles sont exécutoires *de facto* et produisent leurs effets à moins que la partie concernée ne décide de se retirer purement et simplement du régime conventionnel en question. Leur originalité réside dans le fait que celles-ci

¹¹² Protocole relatif aux substances qui appauvrissent la couche d'ozone, adopté le 16 septembre 1987 à Montréal et entré en vigueur le 22 septembre 1988, in W.E. BURHENNE, *Droit international de l'environnement : traités multilatéraux*, London/Cambridge/The Hague, Kluwer law international, vol. 7, n° 985:22/A.

¹¹³ Voir par exemple, article 15 de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, 25 juin 1998.

¹¹⁴ Voir paragraphe 2 des Terms of reference of the Mechanism for Promoting Implementation and Compliance with the Basel Convention adopted by the sixth meeting of the Conference of Parties to the Basel Convention, disponible sur : <http://www.basel.int/TheConvention/ImplementationComplianceCommittee/Mandate/tabid/2296/Default.aspx#para21>.

¹¹⁵ L. BOISSON DE CHAZOURNES, « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *R.G.D.I.P.*, 1995, tome IC, vol. 1, pp. 37-56. p. 66.

¹¹⁶ Ce système des rapports, « monitoring system » en anglais, est utilisé dans d'autres domaines que le droit de l'environnement. Il est utilisé, depuis longtemps, dans le cadre d'organisations internationales telles que l'O.I.T., O.A.C.I., la F.A.O., l'O.M.S. ou l'UNESCO. Mais c'est surtout dans le domaine de la sûreté nucléaire que ce mécanisme s'est développé. Sur ce dernier point voir : P. REYNERS, « La Convention de 1994 sur la sûreté nucléaire », *R.G.D.I.P.*, 1995, tome IC, vol. 3, pp. 614-618.

sont parfaitement adaptées à la matière environnementale ; ce sont des mesures généralement incitatives.

Lorsque les cas de non-respect ne cessent pas, certaines mesures plus coercitives peuvent être prises mais sans que cela ne soit préjudiciable à l'environnement. Les mesures et sanctions du droit international classique ne répondent pas aux enjeux de la protection de l'environnement. Protéger l'environnement consiste avant tout à assurer l'effectivité des instruments de protection. Ainsi, face à un cas de non-respect, l'objectif n'est pas de punir l'Etat mais plutôt de permettre, à l'avenir, qu'une telle situation ne se reproduise pas.

Par exemple, l'Annexe V (« Indicative list of measures that might be taken by a Meeting of the Parties in respect of non-compliance with the Protocol ») du Protocole de Montréal sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone liste *crescendo* les mesures suivantes : « A. Appropriate assistance, including assistance for the collection and reporting of data, technical assistance, technology transfer and financial assistance, information transfer and training. B. Issuing cautions. C. Suspension, in accordance with the applicable rules of international law concerning the suspension of the operation of a treaty, of specific rights and privileges under the Protocol, whether or not subject to time limits, including those concerned with industrial rationalization, production, consumption, trade, transfer of technology, financial mechanism and institutional arrangements »¹¹⁷. Les Procédures et mécanismes de contrôle du respect de la Convention de Rotterdam sont quant à elles également illustratrices de l'esprit « facilitateur » ou de *soft responsibility* qui caractérise le mécanisme de non-respect en droit international de l'environnement. Les paragraphes 19 et 20 méritent d'être cités et se lisent comme suit :

« Facilitation

À cette fin, le Comité peut fournir à une Partie :

- a) Des conseils ;
- b) Des recommandations non contraignantes ;
- c) Toute information supplémentaire requise pour aider cette Partie à élaborer un plan comportant des délais et des objectifs pour parvenir à une situation de respect.

Mesures possibles pour traiter les questions de non-respect

Si, après avoir engagé la procédure de facilitation prévue au paragraphe 19 ci-dessus et pris en compte la cause, le type, le degré et la fréquence des difficultés en matière de respect des obligations, y compris les capacités financières et techniques des Parties dont le respect des obligations est en cause, le Comité juge nécessaire de proposer des mesures supplémentaires pour aider une Partie à surmonter ses difficultés en matière de respect de ses obligations, il peut recommander à la Conférence des Parties, en tenant compte de ses capacités au

¹¹⁷ Disponible sur : <https://ozone.unep.org/meetings/fourth-meeting-parties-montreal-protocol/decisions/annex-v-indicative-list-measures-might>.

titre de l'alinéa c) du paragraphe 5 de l'article 18 de la Convention, d'envisager les mesures ci-après, à prendre conformément au droit international, pour parvenir à une situation de respect :

- a) Fournir à la Partie concernée un appui supplémentaire dans le cadre de la Convention, notamment en lui facilitant, s'il y a lieu, l'accès à des ressources financières, à une assistance technique et à un renforcement des capacités ;
- b) Donner des conseils concernant le respect des obligations à l'avenir afin d'aider les Parties à appliquer les dispositions de la Convention et de promouvoir la coopération entre toutes les Parties ;
- c) Demander à la Partie concernée de faire le point des progrès accomplis ;
- d) Faire une déclaration faisant état des préoccupations au sujet de la possibilité de cas futurs de non-respect ;
- e) Faire une déclaration faisant état des préoccupations au sujet de la situation actuelle de non-respect ;
- f) Demander au Secrétaire exécutif de rendre publics tous les cas de non-respect ;
- g) Recommander à la Partie contrevenante que la situation de non-respect soit ramenée à une situation de respect de la Convention, dans le but de résoudre le problème »¹¹⁸.

Il apparaît clairement que le mécanisme de non-respect se révèle comme un mode alternatif de règlement des différends à vocation essentiellement préventive ayant l'objectif de faciliter, favoriser et garantir le respect des engagements. De ce fait, les sanctions ne pouvant intervenir qu'en dernier recours et ne poursuivant qu'une visée essentiellement dissuasive, les mécanismes de non-respect, de manière générale, se singularisent par leur souplesse et leur mode du « *soft enforcement* »¹¹⁹. Comme il a été souligné, à juste titre, la procédure de non-respect, contrairement au mécanisme classique de responsabilité internationale où les Etats se voient jugés par des tiers, « fait appel aux instruments classiques du droit international pour la résolution des conflits souples et peu formalisés et avant tout à la discussion, la négociation entre les Parties au traité. Il s'agit d'une procédure entre pairs (*Peer review*) »¹²⁰ qui institue une responsabilité internationale à la fois *soft* et politico-juridique. Avec le mécanisme de non-respect, les Etats ont eux-mêmes développé ce qu'il convient

¹¹⁸ Voir décision RC-9/7, disponible sur : <http://www.pic.int/TheConvention/ComplianceCommittee/Decisions/tabid/3606/language/en-US/Default.aspx>.

¹¹⁹ O. YOSHIDA, « Soft Enforcement of Treaties : The Montreal Protocol's Non-compliance Procedure and the Functions of Internal International Institutions », *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y*, 1999, pp. 95-141 ; M. KOSKENNIEMI, « Breach of Treaty or Non-Compliance ? Reflections on the Enforcement of the Montréal Protocol », *YIEL*, 1992, p. 131.

¹²⁰ C. IMPERIALI, « Introduction générale : Le contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales » in C. IMPERIALI (Dir.), *L'effectivité du droit international de l'environnement : contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, Paris, Economica, 1998, p. 10.

d'appeler un système de responsabilité fondé sur « un devoir » de responsabilité internationale suivant des règles qui favorisent « la sauvegarde des droits des intéressés [...] [et] la crédibilité du contrôle [...] »¹²¹. De ce fait l'identification d'un manquement, par le biais des procédures de contrôle, ne débouche souvent pas sur une condamnation des États « fautifs », mais sur une assistance à la mise en œuvre, qu'elle soit financière, technique, juridique ou autre.

III. Le devenir de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement

Imaginer le devenir de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement, c'est essayer de lui tracer un nouvel itinéraire au service de l'émancipation pleine et entière du dommage à l'environnement. Cela nécessite que l'on identifie d'abord les véritables obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité internationale pour dommage environnemental (A) avant de lui apporter quelques solutions (B).

A. Les obstacles à la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement

La mise en œuvre de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement est parsemée de plusieurs obstacles à la fois conjoncturels et structurels. Les obstacles conjoncturels sont ceux qui peuvent être remédiés à court terme, alors que les obstacles structurels nécessitent des changements profonds et souvent à long terme. Qu'ils soient conjoncturels ou structurels, les obstacles à la responsabilité internationale pour dommage peuvent être soit formels (1) soit matériels (2).

1. Les obstacles formels

En ce qui concerne les obstacles formels, ils sont liés à l'intérêt à agir d'un Etat pour dommage environnemental devant une juridiction internationale et à la recevabilité de demandes en réparation dudit dommage.

Le principe de l'intérêt pour agir¹²² est généralement reflété par deux dictons, l'un s'énonçant en « pas d'intérêt, pas d'action » et l'autre s'exprimant par « l'intérêt est la mesure de l'action ». Sa portée en droit international pourrait être dégagée en se rapportant à la conclusion de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*. La Cour y affirme que : « Au moment où ils [les Etats] se présentent devant la Cour, ils doivent, ne poursuivraient-ils même qu'un objectif aussi limité, établir qu'ils ont vis-à-vis du défendeur en l'espèce un droit ou intérêt juridique au

¹²¹ H. J. HAHN, « Le contrôle de l'exécution des obligations des Etats dans les organisations internationales économiques », in *Aspects du droit international économique : élaboration, contrôle, sanction*, Actes du colloque tenu à Orléans les 25, 26 et 27 mai 1971, Paris, Pedone, 1972, p. 41.

¹²² Sur un exposé complet et systématique de l'intérêt pour agir, voir K. MBAYE, « L'intérêt pour agir devant la Cour internationale de justice », *RCADI*, vol. 209, 1988.

regard de l'objet de la demande leur permettant d'obtenir les déclarations qu'ils sollicitent, ou en d'autres termes qu'ils sont des parties devant lesquelles l'Etat défendeur est responsable en vertu de l'instrument ou de la règle de droit pertinents »¹²³. De ce fait, l'absence d'un intérêt à agir devrait entraîner comme conséquence immédiate, le rejet de la demande¹²⁴. L'exigence de l'intérêt à agir est considérée comme dérivée d'un principe de droit procédural (comme « a general rule of procedural law », selon l'expression de P. van Dijk¹²⁵). L'intérêt pour agir, pour être admissible, doit être concret, positif, personnel, né et actuel. A l'aune de la nature particulière des normes environnementales, il est souvent difficile de prouver le caractère positif et concret du droit violé ou de caractériser avec précision un droit légitimement protégé à travers la norme environnementale en cause. La plupart des réclamations internationales sont des actions préventives mettant en cause souvent des intérêts difficilement individualisables. De ce point de vue, il demeure délicat pour les requérants étatiques de rapporter la preuve du caractère né et actuel de leur intérêt pour agir. Le droit international de l'environnement reste encore absorbé par des règles au contenu imprécis et indéterminé. Malgré la grande adhésion des Etats aux conventions relatives à la protection de l'environnement, la mise en œuvre de leur violation reste problématique. A côté de l'intérêt à agir des Etats, il y a la fermeture de principe du prétoire des juridictions internationales aux individus qui sont en réalité les vraies victimes des dommages environnementaux. La participation des acteurs non-étatiques au titre d'*amici curiae* pourrait permettre au juge international de mieux appréhender certains contours complexes des dommages environnementaux et de déterminer la réparation en conséquence.

Le second obstacle formel est lié à la recevabilité même des demandes en réparation dans le cadre d'une procédure de mise en œuvre de la responsabilité internationale de l'Etat. La question de recevabilité peut facilement se poser en matière de protection diplomatique en présence de cas de litispendance ou de connexité internationale¹²⁶. A titre illustratif, un incident nucléaire a lieu dans un Etat A causant des dommages aux ressortissants d'un Etat B résidant sur le territoire de l'Etat A. Ces derniers saisissent à la fois les juridictions de l'Etat A et B aux fins d'obtenir des réparations pour les préjudices environnementaux subis. La question se pose de savoir si les juridictions de l'Etat A peuvent, au regard de l'identité de la cause, des parties et de l'objet du litige, se dessaisir au profit des juridictions de l'Etat B et *vice-versa*. La question devient encore plus complexe si l'Etat B, prenant fait

¹²³ *Affaire du Sud-Ouest africain*, C.I.J. Recueil 1966, p. 34.

¹²⁴ H. SOLUS et R. PERRAULT, *Droit judiciaire privé*, tome I, Paris, 1961, p. 198. Selon ces auteurs, « cette règle dont le but évident est de couper court aux contestations inutiles de nature à encombrer les prétoires est une condition essentielle ».

¹²⁵ P. VAN DIJK, *Judicial Review of Governmental Action and the Requirement of an Interest to Sue*, La Haye, 1980, p. 370, voir aussi : M. BOS, *Les conditions du procès en droit international public* (1957), pp. 214-215 ; S. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court 1920-2005, Fourth Edition, The Court and the United Nations*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, p. 519 ; M. SCERNI, « La procédure de la Cour permanente de Justice internationale », *RCADI*, 1938-IH, pp. 561-681 at p. 609 ; Ch. DE VISSCHER, *Aspects récents du droit procédural de la Cour internationale de Justice* (1966), pp. 62-63.

¹²⁶ T. M. NDIAYE, « La recevabilité devant les juridictions internationales » in T. M. NDIAYE and R. WOLFRUM (Ed.), *Law of the sea. Environmental Law and Settlement of Disputes*, pp. 249-295.

et cause pour ses ressortissants, décide d'intenter une action en réclamation internationale (dite protection diplomatique) contre l'Etat A alors que le recours interne dirigé contre ce dernier est toujours pendant. L'Etat A peut-il soulever une exception d'irrecevabilité contre la réclamation de l'Etat B en se basant sur le non-épuisement des voies de recours internes ? Ces obstacles formels sont exacerbés par des obstacles d'ordre matériel.

2. Les obstacles matériels

Une distinction peut être faite entre les obstacles liés à l'existence même de la responsabilité et ceux liés à sa mise en œuvre en tant que telle.

En ce qui concerne les obstacles liés à l'existence même de la responsabilité internationale pour dommage environnemental, il faut mentionner la forte dépendance du système de responsabilité pour dommage environnemental au système classique de responsabilité pour fait internationalement illicite et pour manquement à la *due diligence*. S'il est vrai qu'aujourd'hui, le droit international de l'environnement contient des obligations *hard* dont la violation peut être facilement constatée, il n'en demeure pas moins que la majeure partie de son corps normatif reste encore limitée à des obligations de comportement de caractère très général. Dans un tel contexte, un fait internationalement illicite devient très difficile à établir au regard de la nature *soft* des règles en cause alors même qu'il y aurait des dommages causés à des ressources environnementales protégées. En outre, les Etats n'ont plus le monopole des activités dommageables en droit international. Ils sont concurrencés par les multinationales et d'autres acteurs non-étatiques, ce qui peut parfois conduire à la commission de dommages environnementaux résultant de leurs faits concurrents. Dans les situations où le dommage environnemental est causé de manière concurrente par l'Etat et des entités non-étatiques, il peut se poser un problème sérieux d'attribution du fait internationalement illicite à l'Etat. Les problèmes d'attribution du fait illicite ont conduit le droit international de la responsabilité à se tourner vers le mécanisme de responsabilité pour manquement à la *due diligence*. La responsabilité pour manquement à la *due diligence* peut être une solution à la difficulté que connaît la responsabilité internationale pour fait internationalement illicite dans le cadre d'une responsabilité internationale de l'Etat pour « complicité ». La responsabilité pour complicité est prévue à l'article 16 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite sous la forme d'une responsabilité pour « aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite ». L'article 16 se lit comme suit : « L'Etat qui aide ou assiste un autre Etat dans la commission du fait internationalement illicite par ce dernier est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où : a) Ledit Etat agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite ; et b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet Etat ». Les Etats rencontrent d'énormes difficultés pour démontrer avec précision qu'un Etat a aidé ou a participé à la commission d'un fait internationalement illicite et les Etats

accusés ne sont jamais prêts à accepter une telle responsabilité internationale¹²⁷. Dans un tel contexte, la *due diligence* peut servir de bon secours à travers notamment l'utilisation du principe du raisonnable ou de bonne foi dans l'évaluation du comportement de l'Etat en question.

La *due diligence* présente, elle-aussi, son lot de problèmes¹²⁸ au regard de la complexité du dommage à l'environnement. Il s'agit entre autres de la preuve de la prévisibilité raisonnable, du contrôle sur la source du (risque de) préjudice, ou encore de la capacité technique raisonnable à réagir¹²⁹.

Quant aux obstacles liés à la mise en œuvre de la responsabilité internationale, ils découlent principalement de questions liées à la preuve du lien de causalité et à la détermination des dommages environnementaux réparables.

Le lien de causalité est un élément traditionnel aux fins d'établissement de la responsabilité internationale de l'Etat. Cette exigence de la preuve du lien de causalité fait que la responsabilité internationale paraît comme réduite puisqu'elle ne conserve sa pertinence que tant qu'un lien causal est visible. Or, avec les effets de pollutions transfrontières à longue distance, la preuve du lien causal devient plus difficile. Et quand les conséquences du fait internationalement illicite commencent à se perdre dans l'invisible, la responsabilité s'estompe ou devient plus difficile à mettre en œuvre. On constate dès lors avec la question de la preuve de la causalité que ce n'est pas le préjudice ou le dommage qui est le véritable objet de la réparation, mais le mouvement de valeur constitutif du lien de causalité. La causalité ne se présente pas seulement sous l'aspect d'une condition de la responsabilité. Considérée à un autre point de vue, elle intervient pour déterminer l'étendue de la réparation, car le responsable n'est tenu de réparer le préjudice que dans la mesure où le fait (fausif ou non) dont il répond, peut être réputé avoir causé le dommage.

La détermination du dommage environnemental réparable constitue un autre obstacle de taille. Le droit international a instauré une sorte de discrimination entre les dommages environnementaux, procédant ainsi, par un jeu de filtre, à la distinction entre dommages réparables et dommages non réparables. Cependant, les critères d'identification des dommages réparables sont très écarlates et ne permettent pas de trouver un critère harmonisé d'identification des dommages réparables. L'une des raisons est liée aux logiques et aux finalités particulières des conventions internationales en matière environnementale. Tandis que certaines conventions

¹²⁷ On peut évoquer les protestations adressées par l'URSS à la république fédérale d'Allemagne et à la Turquie, en raison du fait que ces États avaient laissé leurs territoires respectifs à la disposition des services de renseignement des États-Unis, lesquels menaient des opérations d'espionnage. Sur cet incident voir : O. CORTEN, « La « complicité » dans le droit de la responsabilité internationale : un concept inutile ? », *Annuaire français de droit international*, vol. 57, 2011, pp. 57-84, p. 69 ; J. QUIGLEY, « Complicity in international law : A new direction in the law of state responsibility », *BYBIL*, 1986, pp. 81-107, p. 85.

¹²⁸ S. BESSON, *op.cit.*, p. 336.

¹²⁹ *Idem*, p. 337 ; voir aussi K. BANNELIER-CHRISTAKIS, « Le standard de *due diligence* et la cybersécurité » in SFDI (dir. pub.), *Le standard de due diligence et la responsabilité internationale : Journée d'études franco-italienne du Mans*, Paris, Pedone, 2018, p. 67-92.

limitent la réparation au coût des mesures raisonnables¹³⁰, d'autres combinent des méthodes compensatoires et complémentaires de réparation¹³¹. Quelle qu'en soit la délimitation, la détermination des dommages réparables, dans le cadre de la responsabilité pour manquement à la *due diligence*, est souvent tributaire du degré de seuil de gravité des dommages. Seuls les dommages environnementaux significatifs, graves, étendus ou sévères sont réparables. Pourtant, l'exigence d'un état de gravité des dommages environnementaux n'est pas un critère général de reconnaissance des préjudices y résultant et ce, pour deux raisons. D'abord, la gravité n'est pas un caractère exigé au titre de la réparation du préjudice. Ensuite, la notion même de préjudice conduit à écarter l'exigence de l'état de gravité. En s'en tenant au droit de la responsabilité internationale, le préjudice réside dans la lésion d'un intérêt. Or, pour qu'un intérêt soit lésé, il faut au préalable une atteinte et cette atteinte doit être préjudiciable. Ce faisant, ce n'est pas l'état de gravité qui est ici en cause mais la démonstration concrète, consistante, palpable par le biais de la précision des intérêts lésés. Malheureusement dans la jurisprudence internationale, la gravité est perçue comme un critère déterminant en s'écartant de la seule condition essentielle qui serait la preuve d'une atteinte qualifiée de préjudiciable et non de grave. Au-delà des difficultés d'identification des dommages réparables, il existe également des difficultés de quantification de ceux-ci.

L'objet de la réparation a été précisé de manière remarquable dans l'affaire de *l'Usine de Chorzów* par la Cour permanente de Justice internationale (CPJI). Pour la Cour, « [...] la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »¹³². Tout en précisant sa jurisprudence antérieure dans laquelle elle considérait comme irréparable le dommage qui « ne saurait être réparé moyennant le versement d'une simple indemnité ou par une autre prestation matérielle »¹³³, cet *obiter dictum* fait de la restitution intégrale la forme idéale de la réparation. Ceci étant l'application du principe de la restitution intégrale s'adapte mal aux dommages environnementaux « [...] 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 »¹³⁴. La possibilité d'application de la *restitutio integrum* dans le cadre des dommages environnementaux se révèle discutable¹³⁵ voire impossible pour certains dommages comme les dommages irréversibles¹³⁶. Au

¹³⁰ Article 1 § 6 de la Convention de Londres sur la pollution par les hydrocarbures.

¹³¹ Annexe II à la Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004. Ces formes de réparation sont aussi prévues par la Convention de Paris de 2004 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (article 1. A. viii) ; Convention de Vienne de 1997 (article 1.1.m) ; Protocole de Kiev (article 2.2. g) et Convention de Lugano (article 2.8).

¹³² *Affaire relative à l'Usine de Chorzów*, (Pologne c. Allemagne) (fond), CPJI, 1928, série A, p. 47.

¹³³ *Dénonciation du traité sino-belge du 2 novembre 1865*, CPJI, Ord. des 8 janvier, 15 février et 18 juin 1927, série A, n°8, p. 7.

¹³⁴ *Affaire Gabcikovo-Nagymaros*, op.cit., § 140.

¹³⁵ *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des activités dans la zone*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, TIDM, Recueil 2011, § 197.

¹³⁶ M. M. MBENGUE, « A Critical Assessment of Reparation in International Law », *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, 2017, vol. 110-2016, pp. 293-297, p. 293.

regard de ces constats, il semble que l'application de *l'obiter dictum* de la CPII n'est possible que dans le cadre des dommages environnementaux quantifiables, c'est-à-dire susceptibles d'une évaluation financière.

Les obstacles dans la mise en œuvre de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement témoignent bien de la nécessité de réfléchir à un changement de paradigme.

B. Les solutions aux obstacles : vers un changement de paradigme ?

Notre imagination juridique est permanemment traquée par la complexité du dommage environnemental. Malgré les nombreux traitements qui lui ont été administrés dans le cadre du droit international de l'environnement, le système de responsabilité internationale pour dommage environnemental reste alité et est en quête de revitalisation. Dès lors, en l'absence d'une thérapie intrasystémique efficace, il est peut-être intéressant de recourir à une thérapie intersystémique en appelant successivement à la rescousse le droit international des droits de l'homme (1) et le droit transnational (2).

1. Le droit international des droits de l'homme à la rescousse de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement

Depuis la Déclaration de Stockholm sur l'environnement humain, la relation entre environnement et droits de l'homme était déjà nouée. Au fil des ans, cette relation s'est renforcée avec l'approche globale des problèmes environnementaux¹³⁷. L'interdépendance qui caractérise la protection de l'environnement et celle des droits de l'homme¹³⁸ permet d'affirmer que « the degradation of the natural environment is contrary to the human rights because it imposes living conditions less good for the development of the personality and maintenance of physical and moral health which contribute to human dignity and welfare »¹³⁹. Avec les changements climatiques, l'on constate aussi l'émergence d'un nouveau droit fondamental de l'homme désigné par le droit à un climat sain¹⁴⁰ ou encore qualifié de « right to a proper climate »¹⁴¹. Aujourd'hui, il est clair que le lien nécessaire entre la qualité de l'environnement et l'exercice des droits de l'homme est bien vérifié dès lors qu'on mesure toutes les conséquences de la dégradation de la nature sur les conditions globales de vie. Cet élément a été d'ailleurs pris en compte par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, lorsqu'elle a estimé que « La Cour est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour et

¹³⁷ L. BOISSON DE CHAZOURNES, *op.cit.*, note 62.

¹³⁸ L. BOISSON DE CHAZOURNES, R. DESGAGNE, M. M. MBENGUE, R. CESARE, *Protection internationale de l'environnement*, *op.cit.*

¹³⁹ A. KISS, « Définition et nature juridique d'un droit de l'homme à l'environnement » in P. KROMAREK (dir.), *Environnement et droits de l'homme*, Paris, UNESCO, 1987, p. 16.

¹⁴⁰ C. HUGLO, *Le contentieux climatique : une révolution judiciaire mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 102.

¹⁴¹ M. DUTU, « Climate change and human rights : emergence of a new fundamental right to proper climate » in A. MICHELOT (dir.), *Justice climatique : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 312.

de ce que l'emploi d'armes nucléaires pourrait constituer une catastrophe pour le milieu naturel. Elle a également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir »¹⁴². Le lien environnement-droit de l'homme établi, il reste à démontrer comment le contentieux des droits de l'homme pourrait être un cadre d'émancipation de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement.

Il existe au moins deux niveaux d'appréciation de la possible contribution du contentieux des droits de l'homme au soutien de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement. Le premier niveau de contribution est celui de la densification substantielle du contentieux environnemental. Le second niveau est celui de la flexibilisation procédurale du contentieux environnemental.

L'idée de la densification du contentieux environnemental signifie dans ce contexte un développement substantiel du contentieux environnemental par le juge des droits de l'homme. Ce développement pourrait se manifester d'une part, à travers l'élargissement même du concept de dommage environnemental au-delà de son périmètre ordinaire et, d'autre part, à travers l'application de règles autres que celles du droit international général à la réparation du dommage environnemental élargi. Concernant l'élargissement du concept de dommage environnemental, il peut être opéré au prisme de la diversité des droits de l'homme, en allant des droits civils et politiques à ceux sociaux et culturels de sorte que les répercussions réelles de chaque dommage en société se rattache à la possible violation de l'un des droits consacrés, permettant au juge international des droits de l'homme de tirer ainsi sa compétence par ce lien de rattachement. Cette technique d'élargissement du concept de dommage à l'environnement est déjà perceptible à travers un processus de verdissement des droits de l'homme par les comités conventionnels de contrôle, les juridictions régionales et sous-régionales de protection des droits de l'homme. Le contentieux du droit à un environnement sain devant le juge international des droits de l'homme est souvent interprété à la lumière du droit à la vie, à la santé, à la culture ou à la propriété faisant ainsi de la vie, de la santé, de la culture et de la propriété des éléments constitutifs de « l'environnement ».

De ce fait, au niveau régional, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a, dans l'affaire *Lhaka Honhat*, jugé que l'Argentine, en abattant illégalement le bois par les colons créoles avait nui au mode de vie des communautés autochtones et avait de ce fait violé ses obligations au titre de l'article 1.1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et des articles 2, 8.1, 21, 23.1, 25.1 et 26, en refusant de reconnaître aux communautés autochtones leur droit à la propriété collective, à un

¹⁴² *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ, avis consultatif, 8 juillet 1996, § 29. Dans la même veine, le Comité des droits de l'homme institué par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a dans l'affaire *EHP et al. C. Canada*, affirmé que le stockage de déchets nucléaires en grande quantité « soulève d'importantes questions en ce qui concerne l'obligation des Etats Parties de protéger la vie humaine » (Communication n°67/1980, Comité des droits de l'homme, décision du 27 octobre 1982).

environnement sain, à une nourriture adéquate, à l'eau et à une identité culturelle¹⁴³. De même, la même Cour a, dans l'affaire *Mayagna (Sumo) Awas Tigni c. Nicaragua*, jugé que le Nicaragua avait l'obligation de prendre des mesures législatives et administratives nécessaires pour l'octroi de titres fonciers en conformité avec les us et coutumes et valeurs des communautés indigènes¹⁴⁴. Dans le même sillage, dans l'affaire *Yanomani*, la Commission interaméricaine avait considéré que la construction de l'autoroute transamazonienne qui traversait le territoire des indiens Yanomani, ainsi que l'exploitation des ressources minérales de ces territoires sans tenir compte des autochtones, violaient divers droits de l'homme dont le droit à la santé et à la vie. La Commission a ainsi demandé au Brésil de procéder à la démarcation des territoires indiens qu'il n'avait pas encore fait¹⁴⁵. C'est dans un autre contexte, quasi-similaire au cas précédent, qu'a été déposée auprès de la Commission interaméricaine des droits de l'homme une pétition visant à faire valoir que les dégradations environnementales résultant de comportements attribuables aux États constituaient des causes à part entière de violation des droits culturels¹⁴⁶. Dans cette affaire, un groupe d'Inuits soutenait que les États-Unis violaient, entre autres, le droit aux bienfaits de la culture garanti par l'article XIII de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme en raison du non-respect de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC). Pour les auteurs de la pétition, la responsabilité des États-Unis était engagée puisque leurs émissions de gaz à effet de serre (GES), parmi les plus élevées de la planète, contribuaient à l'accélération du phénomène des changements climatiques, phénomène à l'origine de modifications de l'environnement arctique menaçant l'exercice des droits culturels des Inuits. Bien que rejetée par la Commission¹⁴⁷, cette pétition suscite néanmoins un intérêt particulier pour au moins deux raisons. D'abord, en rappelant que la question des changements climatiques n'est pas uniquement environnementale, elle a mis en évidence les limites du droit international de l'environnement en tant que principal forum pour résoudre l'ensemble des problèmes juridiques induits par ce phénomène. Ensuite, en insistant sur l'existence d'une relation entre nature et culture, la pétition a eu un impact au-delà de son simple cas d'espèce : suite à une demande du Conseil des droits de l'homme, le Haut-commissariat des droits de l'homme a publié en janvier 2009 une étude sur les liens entre les changements climatiques et les droits de l'homme qui reconnaît que « le réchauffement de la planète est susceptible d'avoir

¹⁴³ *Lhaka Honhat c. Argentine*, Cour IADH, arrêt du 28 août 2020.

¹⁴⁴ Cour IDH, jugement du 31 août 2001, Série C, N.79, §§ 149 et 153.

¹⁴⁵ Résolution 12/85, Affaire 7615, Yanomani, Brésil, 5 mars 1985, Commission interaméricaine des droits de l'Homme.

¹⁴⁶ « Petition to the Inter American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violation Resulting from Global Warming Caused by Acts and Omissions of the United States » (7 décembre 2005).

¹⁴⁷ Par une lettre du 16 novembre 2006, la Commission interaméricaine des droits de l'homme a informé les auteurs de la pétition de sa décision de ne pas donner suite à leur demande au motif que « the information provided does not enable [...] to determine whether the alleged facts would tend to characterize a violation of the rights protected by the American Declaration ». Lettre citée dans : A. C. REVKIN, « Inuit Climate Change Petition Rejected » *The New York Times* (16 décembre 2006).

des incidences sur l'ensemble des droits fondamentaux »¹⁴⁸ et qu'« il incombe aux États de prendre des mesures pour prévenir les effets des changements climatiques qui mettent en danger l'identité culturelle et sociale des peuples autochtones »¹⁴⁹.

De son côté, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a pu, en 2017, considérer que l'expulsion du peuple Ogiek de son territoire traditionnel dans la forêt Maun, que le Kenya justifiait en invoquant la nécessité de préserver la forêt en question, constituait une violation de plusieurs articles de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, tels que les droits à la culture, à la religion, à la propriété, aux ressources naturelles et au développement¹⁵⁰. Dans la même dynamique que ses consœurs, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), assure la protection du droit à l'environnement sain au titre du droit au respect de la vie privée et familiale¹⁵¹ et du droit au respect du domicile¹⁵². La politique d'écologisation des droits de l'homme n'est pas non plus étrangère aux juridictions africaines sous-régionales de protection des droits de l'homme qui contribuent aussi à la densification et à la spécification du droit de l'homme à l'environnement sain. A titre illustratif, la Cour de justice communautaire de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CJ-CEDEAO) a, dans l'affaire *SERAP v. Federal Republic of Nigeria*¹⁵³, déclaré que le Nigeria, en refusant d'adopter des mesures effectives et adéquates pour nettoyer et dépolluer les zones contaminées par Shell et en ne commettant aucune étude d'impact environnemental sur cette pollution, avait violé le droit à un environnement sain des populations. S'inscrivant dans la même dynamique que la CJ-CEDEAO, la Cour de justice de la Communauté de l'Afrique de l'Est, dans l'affaire *Africa Network for animals Welfare (ANAW) v. The Attorney General of United Republic of Tanzania*¹⁵⁴, a ordonné l'interruption définitive d'un projet de construction d'une route au motif que celui-ci présentait des effets néfastes sur l'environnement et causerait des dommages irréversibles à l'écosystème du Parc du Serengeti et celui des parcs voisins comme le Masaï Mara au Kenya.

Le recours au contentieux des droits de l'homme ne favorise pas que l'élargissement du contenu du dommage à l'environnement. Il facilite également une flexibilisation procédurale, c'est-à-dire un allègement de certains obstacles procéduraux. Il s'agit entre autres de la qualité et l'intérêt à agir et l'admission de la procédure *amicus curiae* en faveur des individus. Concernant la qualité et l'intérêt

¹⁴⁸ *Rapport du Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur les liens entre les changements climatiques et les droits de l'homme*, Doc. Off. AG NU, 10e sess., Doc. NU A/HRC/10/61 (2009) au § 20.

¹⁴⁹ *Idem* au § 41.

¹⁵⁰ CADHP, *Ogiek c. Kenya*, 26 mai 2017.

¹⁵¹ *Affaire Nietmetz*, 16 décembre 1992, § 29.

¹⁵² *Affaire Lopez-Osta c. Espagne*, 9 décembre 1994, § 51.

¹⁵³ *SERAP v. Federal Republic of Nigeria*, Cour de justice de la CEDEAO, arrêt du 10 décembre 2010. Pour une compréhension détaillée de cette affaire, voir E. D., KEMFOUET KENGNY, « L'irruption du droit de l'environnement dans la jurisprudence des cours de justice de la EAC et de la CEDEAO », *Revue africaine de droit de l'environnement*, 2020, pp. 65-75.

¹⁵⁴ *Africa Network for Animal Welfare (ANAW) v. The Attorney General of the United Republic of Tanzania*, Cour de justice de la CEAE, jugement de la Chambre de première instance sur la compétence du 29 août 2011 ; arrêt de la Cour d'appel sur la compétence du 15 mars 2012.

pour agir, les Etats et les individus dans certains cas en bénéficient de manière concurrente ; l'individu pouvant avoir *via* le consentement étatique un *locus standi* devant les Cours des droits de l'homme au même titre que les Etats. Les recours interétatiques en matière de droits de l'homme étant rares¹⁵⁵, cet accès à la justice de manière concurrente permet à l'individu d'agir là où les Etats sont réticents. La preuve d'un intérêt à agir peut se trouver aussi facilitée pour l'individu en matière de violation des droits de l'homme à travers l'atteinte à l'environnement. Si dans le contentieux classique, le dommage et sa gravité sont des critères de mise en œuvre de la responsabilité, en matière de contentieux de droits de l'homme, seule une atteinte suffit à justifier l'intérêt à agir. De ce fait, l'individu qui n'a subi aucun dommage matériel mais qui en a ressenti les effets en termes d'atteinte à ses droits (de l'homme) peut valablement engager la responsabilité de l'Etat.

Quant à la procédure d'*amicus curiae*, elle peut être définie comme un mécanisme procédural au service du processus juridictionnel qui n'ouvre aucun droit à participer. Elle est distincte de l'intervention en qualité de partie car son fondement ne réside pas dans l'intérêt du tiers, mais dans l'intérêt que présentent ses observations pour la procédure. Souvent refusée aux ONG par certaines juridictions¹⁵⁶, la procédure d'*amicus curiae* devant les juridictions de protection des droits de l'homme peut être ouverte aux ONG dont l'objet social est la protection de l'environnement. Cette ouverture de la procédure *amicus curiae* aux ONG est prévue par quelques conventions régionales de protection des droits de l'Homme, notamment la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵⁷ et par certaines règles de procédure devant les juridictions de protection des droits de l'homme dont les règles de procédure de la Cour interaméricaine des droits de l'homme¹⁵⁸. Les *amici curiae* participent aux débats à titre « d'experts juridiques » avec pour objectif d'inciter les juridictions à l'adoption de la solution qu'ils estiment juridiquement la plus correcte. En guise d'exemple, une association ou un groupe de particuliers peuvent intervenir dans le cadre d'un litige environnemental portant sur une incertitude scientifique quant au risque de la nocivité des poussières radioactives provoquées par une ventilation des mines sur la santé des habitants des environs. La tierce intervenante peut éclairer la Cour sur le droit international et national comparé ainsi que sur les jurisprudences ayant admis des victimes potentielles dans ce cas de figure. Cependant, cette procédure reste encadrée par des conditions dont le juge peut exciper pour refuser la demande d'une ONG lorsqu'elle ne présente pas de liens

¹⁵⁵ V. SOMA, « La requête interétatique dans le contentieux international des droits de l'homme », *Revue Afrilex*, 2018, pp. 1-26.

¹⁵⁶ Selon une lecture combinée de l'article 34 (1) du Statut de la CIJ et l'article 69 (1) et (2) du Règlement de procédure devant la CIJ, les individus n'ont pas de statut d'*amicus curiae* devant elle. La Cour a d'ailleurs toujours dénié un tel droit aux individus et associations, voir A. WITK, *Amicus Curiae before international Courts and Tribunals*, Nomos, 2018, p. 656.

¹⁵⁷ En 1998, lors de la révision de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, son article 36 (2) a été modifié pour permettre aux Etats, individus et organisations qui ne sont pas parties au litige d'intervenir en *amicus curiae*.

¹⁵⁸ Article 41 des règles de procédure devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

suffisants avec le fond de l'affaire¹⁵⁹, lorsque la participation semble non nécessaire¹⁶⁰ ou encore lorsqu'assez d'éléments ont été déjà fournis à la Cour¹⁶¹.

Au regard de ce qui précède, il apparaît que le contentieux international des droits de l'homme peut être une solution à la résorption de certaines difficultés présentées dans le mécanisme classique de la responsabilité internationale.

Ceci étant, si le contentieux des droits de l'homme peut contribuer significativement à renforcer le système de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement, il ne faut pas perdre de vue le fait que ce contentieux est prioritairement dirigé contre les Etats et que ceux-ci ne sont pas généralement les principaux responsables des dommages environnementaux. Avec une telle mise en garde sur l'effet jubilatoire du verdissement du contentieux des droits de l'homme, c'est peut-être du droit transnational que viendra la revitalisation du droit de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement.

2. Le droit transnational au service de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement ?

Le droit transnational a un contenu très discuté. Il a ainsi donné lieu à des qualifications diverses. Certains auteurs le considèrent comme du droit international public¹⁶², d'autres le définissent comme un corps de règles du droit international public et privé¹⁶³ et enfin une dernière catégorie d'auteurs le qualifie de droit positif de la mondialisation¹⁶⁴. Quel que soit l'angle sous lequel on l'appréhende, le droit transnational se caractérise par certains traits constants : c'est un droit déterritorialisé, dénationalisé et fortement influencé par des éléments d'extranéité, car il met en contact des acteurs publics et privés menant des activités souvent transfrontières. A partir de ces traits non exhaustifs mais essentiels du droit transnational, il est possible de lui reconnaître certaines identités. Ainsi, il inclurait aussi bien le droit international privé, le droit international des affaires que le droit pénal transnational. On pourrait, en un mot, dire du droit transnational, qu'il est le Droit de la superposition des droits. C'est d'ailleurs ce caractère ramificateur du droit transnational qui intéresse et pourrait nourrir le droit de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement.

Au regard de sa dynamique fonctionnelle et structurelle, le droit transnational pourrait contribuer au contentieux de la responsabilité internationale pour dommage environnemental à travers la contractualisation du contentieux environnemental.

¹⁵⁹ CourEDH 28 août 1986, *Kosiek c. Allemagne*, requête n° 9704/82.

¹⁶⁰ CourEDH, 24 mai 1991, *Caleffi c. Italie*, requête n° 11890/85.

¹⁶¹ CourEDH, 25 juin 1987, *Capuano c. Italie*, requête n° 9381/81.

¹⁶² F. LENZERENI, A. F. VRDOLJAK (dir.), *International Law for Common Goods. Normative Perspectives on Human Rights. Culture and Nature*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

¹⁶³ Ph. JESSUP, *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956, p. 2 : « I shall use the « transnational law » to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included [...] ».

¹⁶⁴ G. LHUILIER, *Le droit transnational*, Dalloz, 2016, p. 18.

Le droit transnational offre des voies de contractualisation du contentieux environnemental en amont comme en aval. En amont, on pourrait parler de contractualisation *ex ante* par référence à l'existence du différend. Dans une telle démarche, la contractualisation peut porter autant sur l'environnement lui-même que sur le différend environnemental à naître, les parties pouvant, indépendamment de leur qualité subjective et au regard de l'égalité des parties au contrat et de l'autonomie de leur volonté, prévoir les conditions d'ouverture et de mise en œuvre de la responsabilité internationale pour dommage à l'environnement. Cette contractualisation peut se traduire par l'insertion dans les contrats d'investissement ou les contrats internationaux, sous réserve du respect de l'ordre public transnational, de clauses procédurales et matérielles claires et précises de responsabilité internationale pour dommage à l'environnement. L'exigence de clauses précises invite les parties à choisir le type et la forme de responsabilité en cas de dommage causé à l'environnement. Contrairement au mécanisme classique de responsabilité internationale, ces clauses permettraient de faire sauter le verrou du lien de causalité et de contourner les difficultés procédurales. La responsabilité internationale pour dommage à l'environnement devient dans ce cas une responsabilité véritablement « contractée ». Par exemple dans les contrats pétroliers et gaziers, ces clauses, sont souvent destinées à prévenir les risques d'accident industriels, à mettre en place les procédures et les mesures pour réduire les impacts négatifs de l'activité de l'entreprise. Les tribunaux arbitraux ne sont d'ailleurs pas hermétiques à une telle contractualisation du contentieux environnemental. Dans l'affaire *Feldman c. Mexique*, le tribunal arbitral affirmait que : « Governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environmental [...]. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this »¹⁶⁵. En admettant la possibilité pour l'Etat de prendre des mesures environnementales tout en protégeant les intérêts de l'investisseur, le tribunal n'exclut pas la possibilité pour l'Etat et l'investisseur d'insérer des clauses environnementales dans le contrat d'investissement qui protégeraient leurs intérêts réciproques et dont la violation par l'une des parties entraînerait sa responsabilité pour dommage environnemental.

La contractualisation du contentieux environnemental en aval renvoie à une contractualisation *ex post* au regard du litige environnemental déjà né et actuel. Suivant cette approche, la responsabilité pour dommage environnemental pourrait être soumise à une procédure de négociation, de transaction ou d'arbitrage. Autrement-dit, la réparation du dommage environnemental peut être mise en œuvre au travers d'un contrat négocié entre la victime et le responsable du dommage. Ce type de responsabilité négociée a été mise en œuvre dans le Pacte pour un développement durable du Grand Sud conclu en 2008 entre la société d'exploitation

¹⁶⁵ *Marvin Feldman c. États-Unis du Mexique*, affaire CIRDI no. ARB/(AF)/99/1, Décision du 12 décembre 2002, § 103 ; voir aussi *Robert Azinian et autres c. Mexique*, affaire CIRDI, No. ARB/(AF)/97/2, Décision du 1^{er} novembre 1999, § 83.

minière Goro Nickel et les représentants coutumiers du peuple kanak. Dans ce pacte, la société minière a pris plusieurs engagements dont « le but est d’initier un processus de développement durable et partagé » : financement d’un programme de reboisement des zones périphériques non affectées par l’activité d’extraction, collecte de graines et construction de centres de visiteurs¹⁶⁶.

Conclusion : A la recherche d’une méta-responsabilité

La responsabilité internationale pour dommage environnemental, suivant une approche structurale, est à la fois *action*, *réaction* et *anticipation*. Sa mise en œuvre suivant cette structure présente des difficultés à la fois conjoncturelles et structurelles. Les obstacles procéduraux tenant à la démonstration de la qualité et de l’intérêt à agir combinés aux obstacles matériels liés aux limites inhérentes aux mécanismes d’évaluation et de réparation des dommages environnementaux *per se* démontrent que les mécanismes actuels de responsabilité internationale pour dommage à l’environnement demeurent encore limités.

Le recours au contentieux international des droits de l’homme et au contentieux transnational ne permet pas non plus de juguler les difficultés scientifiques qui peuvent se poser devant les juridictions internationales en ce qui concerne la question des modalités de réparation des dommages écologiques et des dommages environnementaux *per se*. L’inconfort ressenti par la Cour internationale de Justice face aux techniques d’évaluation du dommage environnemental proposées par les parties dans l’affaire relative à *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière* (Costa Rica c. Nicaragua)¹⁶⁷ révèle bien que les problèmes liés à la responsabilité internationale pour dommage à l’environnement ne sont pas des problèmes purement juridiques dont le traitement devrait être exclusivement l’apanage du juge international ou du juriste expert.

La notion même de réparation dans le contexte des dommages environnementaux, et climatiques en particulier, semble en pleine mutation. La quasi-automaticité des Etats à demander des mesures conservatoires dans le cadre des différends environnementaux révèle les limites et insuffisances de la restitution intégrale (*restitutio in integrum*) dans le cadre des dommages environnementaux les plus importants et les plus significatifs. Ce constat n’est pas seulement réel dans le procès environnemental, il l’est aussi dans la pratique internationale. Le recours aux mécanismes de remédiation (tels le Mécanisme de Varsovie sur les « pertes et préjudices » prévu par l’Accord de Paris sur le climat) dont l’objet est moins tourné vers la réparation que vers une simple indemnisation, la course à la constitution de fonds d’indemnisation et le recours aux mécanismes de marché démontrent que les

¹⁶⁶ L. NEYRET, « Le préjudice collectif » in L. NEYRET, G. J. MARTIN, *op.cit.*, pp. 193 et ss.

¹⁶⁷ CIJ, arrêt du 2 février 2018, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*. *Indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica*. Voir aussi Y. KERBRAT, S. MALJEAN-DUBOIS, « La reconnaissance du préjudice écologique par la Cour internationale de Justice », *Droit de l’environnement*, Victoires édition, 2018, pp. 90-91.

Etats ont fini par accepter que le dommage environnemental est devenu un des nôtres dont il faut tolérer la présence et avec qui l'on devrait apprendre désormais à vivre.

Dans ce contexte, *réparer* ne signifie plus *rétablir* mais *gérer*. En d'autres termes, un passage s'opère d'une *réparation-rétablissement* à une *réparation-gestion*. C'est sans doute cette fonction de la réparation que traduisent le Mécanisme de Varsovie¹⁶⁸ et le Projet de la CDI de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses¹⁶⁹.

Cette nouvelle structure autour de laquelle se dessine la réparation des dommages environnementaux est l'expression de l'émergence d'une méta-responsabilité¹⁷⁰. Cette méta-responsabilité entraîne, d'une part, une mutation de la responsabilité pour dommage à une responsabilité pour risque et, d'autre part, la substitution progressive d'un mécanisme de responsabilité *ex ante* à un mécanisme de responsabilité *ex post*.

Devant ces multiples transformations, le dommage environnemental est pris d'assaut par le *risque* en tant que nouvelle version du dommage qu'il faudra désormais intégrer dans notre approche du traitement du dommage et de sa réparation, car comme l'affirmait si bien Hans Jonas « tant que le péril est inconnu, on ignore ce qui doit être protégé et pourquoi il le doit : contrairement à toute logique et à toute méthode, le savoir à ce sujet procède de ce contre quoi il faut se protéger »¹⁷¹.

¹⁶⁸ Mécanisme de Varsovie relatif aux pertes et aux préjudices liés aux incidences des changements climatiques, publié le 14 novembre 2016 et disponible sur : <https://unfccc.int/fr/node/9594>.

¹⁶⁹ Projet de principes de la CDI de 2006, *op.cit.*

¹⁷⁰ M. M. MBENGUE, *op.cit.*, note 143.

¹⁷¹ H. JONAS, « La technique moderne comme sujet de réflexion éthique », in M. NEUBERG (éd.), *La responsabilité. Questions philosophiques*, Paris, PUF, 1997, p. 236.

