

Le fait générateur de la responsabilité : le risque comme alternative à l'illicite ?

Mathilde FRAPPIER

Docteure en droit de l'IHEI, Université Panthéon-Assas Paris II

« *Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale* ». Derrière une formule lapidaire, l'article 1^{er} rédigé par la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite¹, tranche un débat ancien du droit international, celui du fait générateur² de la responsabilité de l'État en droit international. L'illicite, dont les multiples figures font l'objet de cet ouvrage, devient à lui seul le fait générateur de la responsabilité internationale de l'État. Une conduite, imputable à un État et contraire à l'une de ses obligations internationales, génère sa responsabilité. La notion de faute, renvoyant à une indémontrable intention étatique³, ne figure pas parmi les éléments constitutifs de la responsabilité de l'État. Quant au dommage, il réapparaît seulement dans un second temps, sous l'angle de l'obligation de réparer, l'une des conséquences, mais non la seule, de la responsabilité pour fait internationalement illicite. Est-ce à dire que la responsabilité de l'État en droit international ne sera jamais engagée à raison d'un autre fait générateur que l'illicite ?

Lorsque la Commission du droit international a débuté ses travaux sur la responsabilité de l'État en droit international, alors que Roberto Ago, premier rapporteur de la Commission, soulignait la nécessité de bien distinguer les règles de responsabilité des règles de conduite, plusieurs intervenants se sont demandés s'il fallait aussi traiter de l'éventuelle responsabilité découlant d'activités licites⁴. Finalement, Ago proposa d'exclure l'étude de ce second type de responsabilité en raison des différences entre les deux catégories de responsabilité et du risque d'obscurcir la compréhension de l'une comme de l'autre : « *En raison du fondement entièrement distinct de la responsabilité dite pour risque, de la nature différente des règles qui la prévoient, et en raison aussi de son contenu et des formes qu'elle peut prendre, un examen conjoint des deux sujets ne pourrait que rendre plus difficile la compréhension de l'un et de l'autre. Le fait d'être tenu d'assumer les risques éventuels de l'exercice d'une activité légitime en soi et le fait de devoir faire face aux conséquences (non nécessairement limitées à un dédommagement) qu'entraîne la violation d'une obligation juridique ne sont pas des situations comparables* »⁵. La responsabilité dite pour risque méritait certainement d'être examinée, mais de manière distincte, par la Commission du droit international.

¹ Annexe de la Résolution 56/83 de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 12 décembre 2001.

² C'est-à-dire du « *fait qui donne naissance* » à la responsabilité de l'État en droit international et plus exactement à l'ensemble des relations juridiques constitutives de cette responsabilité (DUPUY (P.-M.) et KERBRAT (Y.), *Droit international public*, 11^e éd., 2012, Paris, Dalloz, §466). V. aussi DUPUY (P.-M.), « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *RCADI*, vol. 188, 1984, pp. 21-133.

³ LEVY (D.), « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public », *RGDIP*, 1961, n°4, spéc. pp. 749-750.

⁴ V. les interventions de MM. Ago, Ruda, Ramangsoavina, Tammes, Eustathiadès et Castañeda, *Ann. CDI*, 1969, vol. I, pp. 112(§7), 114(§26), 115(§35), 117(§10), 122(§8) et 125(§29).

⁵ *Ann. CDI*, 1974, vol. II, première partie, pp. 283-284(§9).

Aujourd'hui, dans les principaux manuels francophones de droit international public, les auteurs mentionnent bien l'existence d'une responsabilité de l'État en l'absence d'illicite. Cette responsabilité est qualifiée d'exceptionnelle, admise seulement sur la base de textes précis⁶, dans des cas rares⁷, ou encore de régime spécial intervenant seulement dans des situations très dangereuses⁸, voire de responsabilité hypothétique⁹ de l'État. Quelques lignes, quelques pages tout au plus, lui sont consacrées. De même, dans le Dictionnaire dirigé par le professeur Jean Salmon, parmi les définitions du terme « responsabilité », figure d'abord la définition consacrée par la Commission du droit international et rappelée ci-dessus : « *ensemble des relations juridiques nouvelles découlant d'un fait internationalement illicite d'un sujet de droit international* ». Cette définition est immédiatement suivie d'une autre, qui envisage cette fois-ci la responsabilité sans illicite : « *obligation de réparer un dommage survenant sans qu'il y ait un acte illicite, lorsqu'une règle primaire du droit international en décide ainsi* »¹⁰.

Les expressions employées pour qualifier cette responsabilité sans illicite varient¹¹. Selon les auteurs, il ne s'agit plus d'une responsabilité pour fait internationalement illicite, mais d'une responsabilité « objective »¹², « causale »¹³, « absolue »¹⁴, « pour risque »¹⁵, ou encore « pour simple préjudice »¹⁶. Toutefois, l'expression responsabilité « pour risque » apparaît la plus simple et la moins confuse. En effet, la responsabilité pour illicite peut également être qualifiée de responsabilité « objective » dès lors qu'elle se satisfait du manquement à la règle de droit sans égard pour l'intention animant l'auteur du manquement¹⁷. De même, le lien de causalité et le dommage ne sont pas absents de la responsabilité pour illicite, bien qu'ils ne

⁶ COMBACAU (J.), *Droit international public*, 12^e éd., 2016, coll. Précis Domat, Paris, LGDJ Lextenso, spéc. p. 550.

⁷ CARREAU (D.) et MARRELLA (F.), *Droit international*, 11^e éd., 2012, Paris, Pedone, spéc. p. 487.

⁸ DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.), *Droit international public*, 8^e éd., 2009, Paris, LGDJ Lextenso éditions, spéc. pp. 912-915.

⁹ DUPUY (P.-M.) et KERBRAT (Y.), *Droit international public*, 11^e éd., 2012, Paris, Dalloz, spéc. §472.

¹⁰ « Responsabilité », in SALMON (J.) *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, AUF, 2001, spéc. p. 995.

¹¹ Dans le même sens, v. HAFNER (G.) et BUFFARD (I.), « Les travaux de la commission du droit international : de la responsabilité à la prévention des dommages », in SFDI, Colloque d'Aix-en-Provence, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, Pedone, 2010, spéc. pp. 146-149.

¹² Formule notamment employée par CARREAU (D.) et MARRELLA (F.), *Droit international*, préc., spéc. pp. 491-492 et par CAUBET (C. G.), « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », *AFDI*, vol. 29, 1983, pp. 99-120.

¹³ Formule notamment employée par BARBOZA (J.), « La responsabilité "causale" à la Commission du Droit international », *AFDI*, vol. 34, 1988, pp. 513-522. V. aussi l'hypothèse d'une responsabilité « *attachée à une pure causalité* » envisagée par REUTER (P.), « Principes de droit international public », *RCADI*, vol. 103, 1961, spéc. p. 593.

¹⁴ Formule notamment employée par GOLDIE (L.F.E.), « Liability for Damage and the Progressive Development of International Law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, no. 4, 1965, pp. 1189-1264, spéc. p. 1216.

¹⁵ Formule notamment employée par CAHIER (P.), « Le problème de la responsabilité pour risque en droit international », in *Les relations Internationales dans un monde en mutation*, Institut universitaire de hautes études internationales, Sijthoff, Genève, Leiden, 1977, spéc. p. 425.

¹⁶ Formule notamment employée par la Résolution de l'Institut du Droit International consacrée à la responsabilité en droit international en cas de dommages causés à l'environnement (Session de Strasbourg, 1997, résolution accessible sur le site de l'Institut). La version anglaise, qui fait foi, emploie l'expression « *for harm alone* ».

¹⁷ V. par exemple LEVY (D.), « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public », préc., spéc. pp. 746-747. L'application du qualificatif de responsabilité « objective » à la fois à la responsabilité pour illicite et à la responsabilité pour risque est d'ailleurs confirmée par le *Dictionnaire de droit international public* (« Responsabilité objective », préc., spéc. p. 997).

suffisent pas à eux seuls à la mettre en œuvre. Finalement, c'est bien leur fait générateur qui permet d'emblée de distinguer les deux types de responsabilité : dans un cas, c'est le risque, dont la réalisation cause un dommage, dans l'autre, c'est le manquement à la règle de droit. Quant à la qualification de responsabilité « absolue », qui renvoie à une forme de responsabilité pour laquelle aucune circonstance excluant la responsabilité n'est admise¹⁸, elle n'apparaît pas refléter les régimes que nous allons étudier. Ainsi, la convention du 29 mars 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, après avoir énoncé dans son article II la « *responsabilité absolue* » de l'État de lancement, admet dans son article VI que cet État peut être « *exonéré de la responsabilité absolue* » dans certaines conditions qui sont à rapprocher de la faute de la victime¹⁹. Il est donc préférable de retenir l'expression « responsabilité pour risque », cette dernière étant entendue comme l'« *ensemble des conséquences juridiques découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international mais qui comportent le risque de causer un dommage. Ces conséquences comprennent l'obligation de réparer les conséquences préjudiciables de ces activités* »²⁰. Deux éléments centraux de la responsabilité pour risque apparaissent alors nettement : elle intervient en l'absence d'illicite et a pour objet premier, si ce n'est exclusif, la réparation des dommages causés par ces activités.

Quant au terme de « responsabilité », qui est utilisé à la fois pour viser la responsabilité pour illicite et la responsabilité pour risque, il est de nature à favoriser la confusion, ainsi que le relevait déjà Roberto Ago²¹. Pour sa part, Rolando Quadri a défendu l'usage du terme de « garantie » lorsqu'est en cause une activité licite²². Il reste toutefois isolé. En anglais, la confusion n'est pas véritablement levée par la possibilité de distinguer entre la « *responsibility* » et la « *liability* ». En effet, il reste difficile de différencier conceptuellement les deux dès lors qu'elles s'apparentent l'une comme l'autre à une responsabilité de type civil²³.

L'existence même d'une « responsabilité » « pour risque » de l'État en droit international n'apparaît aujourd'hui plus contestée, comme en atteste sa mention dans de nombreux manuels. Mais ce qu'elle recouvre, son intérêt comme son potentiel, au sein de l'ordre juridique international restent confus, à la manière des multiples qualificatifs employés pour la désigner. C'est pourquoi les raisons qui ont poussé certains auteurs reconnus du droit international, en particulier Georges Scelle et Clarence Wilfried Jenks, à défendre une responsabilité de l'État pour risque au milieu du siècle dernier méritent d'être rappelées. Ce rappel effectué, on cherchera à comprendre pourquoi la responsabilité pour risque conserve

¹⁸ « Responsabilité absolue », in SALMON (J.) *Dictionnaire de droit international public*, préc., spéc. p. 996.

¹⁹ Il sera davantage question de cette convention *infra*.

²⁰ « Responsabilité pour risque », in SALMON (J.) *Dictionnaire de droit international public*, préc., spéc. pp. 999-1000.

²¹ *Ann. CDI*, 1974, vol. II, première partie, spéc. pp. 283-284(§9).

²² *Ann. CDI*, 1978, vol. II, première partie, spéc. p. 193. Georges Scelle dont il est question *infra* assimile dans le même sens responsabilité pour risque et assurance.

²³ Si la Commission du droit international a initialement bien distingué les deux sujets de la « *State Responsibility* » et de la « *International Liability for Injurious Consequences Arising out of Acts Not Prohibited by International Law* », la difficulté à distinguer les deux concepts est soulignée par celui qui fut rapporteur spécial à la CDI sur le deuxième sujet : SUCHARITKUL (S.), « State Responsibility And International Liability Under International Law », *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Journal*, vol. 18, 1996, spéc. pp. 821-822. V. aussi KELSON (J. M.), « State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity », *Harvard International Law Journal*, vol. 13, n°2, 1972, pp. 197-244.

aujourd'hui une place très réduite en droit international et n'apparaît pas comme une véritable alternative à la responsabilité de l'État pour illicite. Autrement dit, un retour sur la responsabilité pour risque permet de confirmer la place centrale de l'illicite comme fait générateur de la responsabilité de l'État en droit international. Examiner le risque comme alternative à l'illicite en tant que fait générateur de la responsabilité internationale de l'État permet en miroir de refléter tant l'adaptabilité que les limites persistantes de l'illicite.

Il convient d'abord d'expliquer pourquoi la responsabilité pour risque est apparue à certains auteurs comme une réponse possible aux limites à la fois théoriques et pratiques de la responsabilité pour illicite (I). Puis, en rappelant l'évolution des circonstances et du droit international positif depuis cette époque, il faut exposer pourquoi la responsabilité pour risque ne constitue pas, selon nous, une alternative très crédible aux limites de la responsabilité pour illicite (II).

I. La responsabilité pour risque : une réponse possible aux limites de la responsabilité pour illicite

Au milieu de XXe siècle, à 30 ans d'intervalle, deux auteurs reconnus ont défendu la consécration d'une responsabilité pour risque à la charge de l'État en droit international. Le français Georges Scelle d'abord, qui souligna les limites de la responsabilité pour illicite et proposa la responsabilité pour risque étatique comme alternative (A). Le britannique Clarence Wilfried Jenks ensuite qui s'appuya sur le développement récent d'une pratique conventionnelle organisant la responsabilité pour risque dans le domaine des activités ultra dangereuses pour défendre la formulation d'une règle générale (B).

A. Les limites de la responsabilité pour illicite et la nécessité de la responsabilité pour risque étatique chez Georges Scelle

Georges Scelle (1878-1961) est une figure bien connue des internationalistes tant francophones qu'anglophones. Il fut professeur de droit à la faculté de Dijon à partir de 1912, puis à la faculté de Paris à partir de 1933, membre de l'Institut de droit international, et du *curatorium* de l'Académie de La Haye²⁴. Il eut également une présence importante au sein des organisations internationales. Il fut membre de la Commission du Droit international des Nations Unies dès sa création. Et il s'investit particulièrement au sein de l'Organisation internationale du travail²⁵ où il fut, pendant vingt ans, juge au sein du tribunal administratif. En tant qu'universitaire, Georges Scelle est à l'origine d'une véritable pensée²⁶. Dans une perspective d'objectivisme sociologique inspirée des travaux d'Émile Durkheim et de Léon Duguit, il défend un droit international interindividuel et remet en cause la personnalité juridique de l'État²⁷. Pour Scelle, le droit positif doit refléter les nécessités objectives du milieu

²⁴ Les éléments biographiques sont repris de TANCA (A.), « Georges Scelle (1878 - 1961) Biographical note with bibliography », *European Journal of International Law*, 1990, vol. 1, spéc. pp. 240-249.

²⁵ Une institution à la structure novatrice face à l'interétatisme de la Société des Nations : DUPUY (R.-J.), « Image de Georges Scelle », *European Journal of International Law*, 1990, vol. 1, spéc. p. 236.

²⁶ BERLIA (G.), « In memoriam : Georges Scelle », *AFDI*, 1960, vol. 6, pp. 3-5, spéc. p. 5.

²⁷ DUPUY (R.-J.), « Image de Georges Scelle », préc., spéc. p. 236.

social²⁸. Il se méfie des abstractions, comme l'État, au profit des réalités sociales. Il préfère donc se concentrer sur les conduites individuelles.

Dans son *Manuel élémentaire de droit international public*²⁹ paru en 1943, Scelle consacre le dernier chapitre à la responsabilité. Il développe alors sa conception de la base de la responsabilité en droit international, une conception déjà évoquée dans le volume I de son *Précis de droit des gens* paru en 1932³⁰. Estimant que les nécessités sociales sont les mêmes dans le milieu interne et dans le milieu international, Scelle défend une évolution de la responsabilité en droit international similaire à l'évolution qu'a connu la responsabilité en droit interne : le passage d'une responsabilité subjective fondée sur l'idée de faute à une responsabilité objective fondée sur l'idée de risque³¹. Il énonce ainsi que : « *La responsabilité pour risques est un principe de solidarité sociale puisqu'il équivaut, en fait, à une assurance, et aboutit à satisfaire l'esprit de justice. Toutes les fois que l'acte d'un gouvernement ou d'un agent a causé un dommage à un membre de la collectivité internationale, il convient que des fonds soient affectés par les collectivités intéressées à la réparation de ces dommages* »³². Scelle insiste toutefois sur le caractère subsidiaire de la responsabilité pour risque, celle-ci ne devant intervenir qu'en l'absence de faute personnelle des gouvernants et agents de l'État. Il défend ainsi la coexistence de deux « bases » à la responsabilité internationale : la faute personnelle des agents³³, et le risque étatique.

Le terme de « bases » est ici repris de l'auteur, mais il ne s'agit pas des faits générateurs de la responsabilité. En effet, pour Scelle, le « *fait-condition originaire* » de la responsabilité est toujours le dommage³⁴. Cela s'accorde avec une conception de la responsabilité tourner vers la seule réparation du dommage. Toujours selon Scelle, en droit international, le dommage peut résulter de l'activité individuelle³⁵, de l'activité d'organisations internationales³⁶ ou de l'activité étatique, que ce soit dans les rapports entre États et individus ou dans les rapports d'État à État. L'éminent auteur se concentre sur cette dernière hypothèse, la plus courante, du dommage causé par l'activité étatique. Il s'attache à montrer les limites de la responsabilité pour illicite autant qu'à justifier ses propositions alternatives de faute personnelle et de risque étatique.

²⁸ *Ibid.*, p. 237.

²⁹ SCELLE (G.), *Manuel élémentaire de droit international public (avec les textes essentiels)*, Paris, Éditions Domat Montchrestien, 1943, 746 p.

³⁰ Ce volume a fait l'objet d'une réédition conservant la numérotation originale : SCELLE (G.), *Précis de droit des gens : Principes et systématique*, présentation de SANTULLI (C.), Paris, Dalloz, 2008, 314 p.

³¹ SCELLE (G.), *Manuel élémentaire de droit international public (avec les textes essentiels)*, préc., spéc. p. 680. Il admet que cette évolution n'est pas achevée en droit international.

³² SCELLE (G.), *Précis de droit des gens : Principes et systématique*, préc., spéc. p. 68.

³³ Dans la pensée de Scelle, la faute ne peut pas être celle de l'État lui-même puisque l'État est une fiction qui, de plus, a été dotée de la souveraineté.

³⁴ Il énonce ainsi que « *c'est la survenance du dommage qui [...] constitue le fait-condition générateur de la situation juridique de responsabilité. La responsabilité naît avec le dommage et non pas avec l'acte juridictionnel, législatif ou exécutif qui le constate, le rend définitif, ou l'accentue* » (SCELLE (G.), *Manuel élémentaire de droit international public (avec les textes essentiels)*, préc., spéc. pp. 710-711, souligné dans l'original).

³⁵ Scelle évoque la responsabilité pénale internationale des individus et relève que de nombreux dommages causés par l'activité individuelle à d'autres individus sont réglés par le droit national (*ibid.* p. 681).

³⁶ Scelle évoque les « *services publics internationaux proprement dit* » mais relève que la société internationale demeure inorganisée au moment où il écrit (*ibid.* p. 681).

Scelle s'attaque ainsi à la « *doctrine positiviste moderne* »³⁷ qui voit non seulement dans le dommage, mais aussi dans le manquement à la règle de droit international par les organes de l'État, le fondement prétendument objectif de la responsabilité de l'État. Selon cette conception « positiviste », il n'est plus utile de recourir à la faute de l'Etat, le seul fait de l'Etat, plus précisément de ses organes, lorsqu'il est contraire à la règle de droit qu'il a volontairement acceptée, engage sa responsabilité. Si Scelle admet que cette construction est un progrès, il la considère comme « *encore artificielle* »³⁸.

D'abord, parce qu'elle s'appuie sur la fiction de la personnalité de l'État à laquelle sont attribuées des conduites personnelles des agents. Ensuite, parce que sous couvert d'un critère objectif, le manquement à la règle de droit, il s'agit encore et toujours d'attribuer une faute à l'État, celle de ses organes³⁹. En effet, Scelle ne voit pas « *ce que peut être juridiquement une "faute", si ce n'est un agissement contraire à la règle de Droit* »⁴⁰. Dès lors qu'il refuse la fiction de la personnalité de l'Etat, et considère que la règle de droit international s'adresse directement aux individus, Scelle ne peut voir dans le manquement à la règle autre chose que la faute personnelle d'un agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions. Enfin, Scelle souligne les limites de la responsabilité pour illicite en matière d'imputation. La doctrine classique volontariste ne parvient pas à expliquer pourquoi l'État est encore responsable lorsque ses agents et organes, se prévalant de leur qualité officielle, outrepassent leur compétence en agissant *ultra vires* en violation des règles de droit interne⁴¹. Comment expliquer qu'une telle conduite, sur laquelle l'État n'avait aucune prise, constitue un manquement de ce dernier à la règle internationale qu'il aurait volontairement acceptée ? Scelle y voit la preuve qu'il y a quelque chose de plus que la faute de l'État : ce quelque chose est la responsabilité pour risque⁴². Cela apparaît plus nettement encore lorsqu'il s'agit de tenir l'État responsable des conduites d'entités sur lesquelles il n'exerce dans l'ordre interne aucun contrôle, en particulier les entités infra-territoriales : « *il ne peut s'agir là que d'une responsabilité objective **pour risque**, à moins que l'on introduise ici le principe de la "due diligence", c'est-à-dire indirectement l'idée de faute* »⁴³.

Selon l'auteur, le risque étatique doit entrer en jeu en l'absence de faute des agents de l'État. Lorsqu'un dommage est causé dans les rapports internationaux, ce dommage doit être réparé. À cette fin, il faut l'imputer à un État. Si l'imputation n'est pas possible par le biais de la faute d'un agent ou d'un service, le risque étatique peut être mobilisé⁴⁴. L'impératif de réparation prend alors le pas sur l'impératif de respect des règles internationales. Le droit international « *met donc à la charge des États, leur impute la responsabilité des dommages internationaux, comme il leur délègue l'exécution de ses normes, parce qu'à défaut de cette imputation les dommages ne pourraient pas être réparés et que cette imputation se justifie par le fonctionnement défectueux des institutions étatiques. Cette déficience peut être due à la faute*

³⁷ Scelle cite en particulier Anzilotti et Basdevant en note de bas de page.

³⁸ *Ibid.*, p. 684.

³⁹ *Ibid.*, p. 685.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 685.

⁴¹ *Ibid.*, p. 686.

⁴² *Ibid.*, p. 686.

⁴³ *Ibid.*, p. 686, soulignés dans l'original.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 689.

*des gouvernants ou agents étatiques, et dans ce cas il peut y avoir faute de service ou faute personnelle ; elle peut être due simplement à l'impossibilité de mieux faire, et dans ce cas il y aura **risque étatique** »⁴⁵. Scelle précise le fonctionnement de la responsabilité pour risque dans certains cas particuliers. Il illustre ainsi l'intérêt qu'il voit au risque étatique par rapport au manquement à la règle de droit.*

Concernant la responsabilité de l'État pour les actes législatifs, Scelle évoque le cas de l'expropriation. Il prend en particulier l'exemple de l'établissement du collectivisme en Russie en 1917. Il relève que les Puissances alliées ont reconnu le droit de l'URSS d'édicter la législation sociale de son choix, autrement dit ont reconnu que l'établissement du collectivisme n'était pas en soi contraire au Droit international. Pour autant, elles ont réclamé l'indemnisation des propriétaires étrangers lésés⁴⁶. Scelle y voit une contradiction : une réparation a été exigée de l'URSS, sa responsabilité internationale a été engagée, alors même qu'il n'y avait pas de manquement de la part de ses organes, ici de son parlement, à une obligation de droit international clairement identifiée. C'est alors seulement sous l'angle du « **risque étatique** *corrélatif à la liberté de changer la constitution* »⁴⁷ que l'engagement de la responsabilité de l'État peut se comprendre.

Concernant la responsabilité de l'Etat du chef des particuliers, Scelle rappelle : « *la responsabilité de l'Etat se trouvera engagée indirectement à l'occasion d'agissements des particuliers isolés ou des collectivités, **si les organes étatiques n'ont pas congrûment exercé leurs compétences pour prévenir ces actes dommageables (application de la due-diligence) [...]** [l]a règle de base, c'est donc, en l'absence de faute, qu'il n'y aurait pas de responsabilité directe, pas de risque étatique. »⁴⁸. Dit autrement, si les organes de l'État eux-mêmes n'ont rien à se reprocher, qu'ils ont exercé la diligence requise, alors les dommages causés par des conduites individuelles ne seront pas réparés. Mais d'après Scelle, une telle règle est loin d'être absolue. Il évoque alors le cas particulier du boycott. Un tel mouvement provenant des seuls particuliers et non des organes de l'État ne peut pas engager la responsabilité de l'État et l'obliger à réparer les dommages causés aux autres États si l'on raisonne sur la seule base du manquement : « *il se peut que, en l'absence de toute mesure législative ou administrative discriminatoire, un mouvement de xénophobie ou de boycott se déclenche. Les autorités gouvernementales, en régime d'économie libérale, ne seront pas en situation de contraindre leurs nationaux à acheter ou à vendre certains produits ou services, à commercer avec telles ou telles firmes étrangères* »⁴⁹. Pourtant, dans une telle situation, Scelle estime que l'Etat est bien tenu de réparer les dommages subis et cela sur la base du risque étatique. Il raisonne de la même manière en cas d'émeute : même si les organes de l'État ont correctement organisé la sécurité, même s'ils se sont montrés diligents, les dommages causés par l'émeute doivent être réparés par l'État sur la base du risque étatique⁵⁰. Scelle considère même qu'en cas d'insurrection vaincue par l'État, si cette insurrection a causé des dommages*

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 688-689, soulignés dans l'original.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 695.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 695, soulignés dans l'original.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 700, soulignés dans l'original.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 700.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 701.

à des individus étrangers, alors ces individus devraient obtenir réparation de l'État. L'auteur souligne que le risque étatique peut avoir « *l'avantage de décharger l'intéressé victime du dommage du fardeau de la preuve toujours si difficile à administrer en pareil cas* »⁵¹.

Ainsi, Georges Scelle s'attache, à partir d'exemples concrets, à démontrer les limites de la responsabilité de l'État sur la seule base du manquement à la règle de droit international. Il met particulièrement en cause les règles d'imputation défendues par la doctrine volontariste classique qu'il considère comme irréconciliables avec l'idée d'une responsabilité de l'État limitée au seul manquement aux règles de droit. Sa défense du risque étatique comme base alternative à la responsabilité de l'État a aussi vocation à assurer la réparation de certains dommages causés dans les rapports internationaux malgré l'absence de toute faute des agents de l'État. Chez Scelle, le recours au risque étatique présente ainsi un triple intérêt : il évite certaines difficultés d'imputation, il évite certaines incertitudes quant au contenu des règles de droit international (cas de l'expropriation), et il évite les difficultés de preuve du manquement à ces règles. Scelle entrevoit déjà que cet intérêt peut se réduire à mesure que les règles de droit international se multiplient et se précisent, tant en matière d'imputation que de conduite illicite. Dans un tel cas, la nécessité de fonder la réparation, objectif exclusif de la responsabilité pour cet auteur, sur le risque plutôt que sur le manquement au droit international serait amoindrie. Quelques années plus tard, un autre auteur défend la consécration d'une responsabilité pour risque en droit international, en se limitant toutefois à un domaine plus restreint, celui des activités ultra-dangereuses.

B. La pratique dans le domaine des activités ultra dangereuses et la nécessité d'une règle générale chez Clarence Wilfried Jenks

La renommée doctrinale de Clarence Wilfried Jenks est sans aucun doute moindre que celle de Georges Scelle. Il eut cependant une carrière remarquable au sein de l'Organisation internationale du travail et fut un auteur prolifique en droit international. Jenks est né à Liverpool en 1909. Grâce à l'obtention de bourses, il fait ses études à l'Université de Cambridge, où il aura pour maître Hersch Lauterpacht, et à l'Institut des Hautes études internationales de Genève⁵². En 1931, il entre au sein de la division juridique de l'OIT dont il gravira l'ensemble des échelons. En 1944, il est l'un des principaux auteurs de la Déclaration de Philadelphie qui redéfinit les buts et objectifs de l'OIT et l'inscrit dans le mouvement de consécration universelle des droits de l'homme⁵³. Finalement, Jenks devient Directeur général de l'OIT en 1970. Il souhaite alors normaliser la participation du bloc soviétique au sein de l'organisation, ce qui contribua au retrait de l'organisation des États-Unis. Jenks n'occupera cependant que peu de temps ce poste de Directeur général puisqu'il décédera soudainement, dès 1973, lors d'une session de l'Institut de Droit international à Rome. Jenks écrit en particulier dans les domaines du droit des organisations internationales, de la protection internationale des

⁵¹ *Ibid.*, p. 703.

⁵² L'ensemble de ces éléments bibliographiques proviennent du site de l'OIT et de l'ouvrage MAUL (D.), *The International Labour Organization : 100 Years of Global Social Policy*, Berlin, De Gruyter, 2019, spéc. pp. 216-222.

⁵³ *Ibid.*, p. 129.

droits de l'homme et du droit des espaces⁵⁴. Comme Scelle, ses écrits reflètent les idées de solidarité et d'adaptation du droit international aux circonstances économiques et sociales. Jenks dispensera cinq cours à l'Académie de droit international de La Haye⁵⁵. C'est le quatrième de ces cours qui est d'intérêt ici : publié en 1966, il porte sur la responsabilité pour les activités ultra-dangereuses en droit international, en version originale *Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law*.

En introduction, Jenks relève que les développements scientifiques et technologiques depuis le XIXe siècle ont complètement bouleversé le rapport de l'homme à son environnement⁵⁶. Désormais, l'homme entend utiliser et modifier les processus biologiques, génétiques, météorologiques, énergétiques ... sans en maîtriser toutes les conséquences. Or, ces conséquences sont potentiellement désastreuses pour l'homme, comme pour son environnement, et ne s'arrêteront pas aux frontières d'un État. L'auteur relève alors que le droit se saisit déjà de cette évolution⁵⁷. Il fait le choix d'un examen minutieux de plusieurs domaines, y compris l'aviation, le nucléaire, et l'espace, dans lesquels des conventions ou projets de conventions étaient, à l'époque, négociés. Si ces conventions sont variées, l'objectif de Jenks est de donner une vision générale du problème de la responsabilité pour activité ultra-dangereuse en droit international, autrement dit du rapport entre le droit, la science et la technologie au niveau international⁵⁸. Quant à la qualification d'une activité comme étant ultra-dangereuse, elle ne tient pas, selon l'auteur, au fait que la matérialisation du danger lié à cette activité soit hautement probable, mais au fait que les conséquences seraient exceptionnelles si le danger venait à se réaliser. Selon Jenks, pour faire face à ces dangers exceptionnels, il faut des règles spéciales de responsabilité pour éviter l'injustice grave et la souffrance⁵⁹.

Jenks examine entre autres la convention de Rome relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers du 7 octobre 1952⁶⁰. Cette convention prévoit la responsabilité de l'opérateur d'un aéronef pour tout dommage causé à la surface de la Terre par cet aéronef en vol, ou par une chose ou une personne tombant de cet aéronef en vol, sans autre preuve que celle du dommage. La réclamation doit en principe être portée devant les tribunaux de l'État contractant où est survenu le dommage. Autre convention examinée par l'auteur, la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires du 21 mai 1963⁶¹. Celle-ci prévoit que l'exploitant d'une installation nucléaire « *est objectivement*

⁵⁴ Ses principales publications figurent en préface de ses cours publiés par l'Académie de La Haye.

⁵⁵ À savoir : « Les instruments internationaux à caractère collectif », *RCADI*, vol. 69, 1939, p. 448 ; « Co-ordination : A New Problem of International Organization. A Preliminary Survey of the Law and Practice of Interorganizational Relationships », *RCADI*, vol. 77, 1950, p. 151 ; « The International Protection of Freedom of Association for Trade Union Purposes », *RCADI*, vol. 87, 1955, p. 1 ; « Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law », *RCADI*, vol. 117, 1966, p. 99 ; « Economic and Social Change and the Law of Nations », vol. 138, 1973, p. 455.

⁵⁶ JENKS (C.W.), « Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law », *RCADI*, vol. 117, 1966, spéc. pp. 108-109.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 109.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 170.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 107 et p. 195.

⁶⁰ Le texte en français de cette convention fut publié dans *Annals of Air and Space Law*, vol. XVIII-II, 1993, pp. 541-571. Il est accessible en ligne : [<https://www.mcgill.ca/iasl/files/iasl/rome1952.fr.pdf>].

⁶¹ Le texte en français de cette convention est accessible sur le site de l'Agence internationale de l'énergie atomique : [https://www.iaea.org/sites/default/files/infcirc500_fr.pdf]. Jenks mentionne également la convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960 (dont le texte en

responsable » de tout dommage nucléaire dès lors qu'il est prouvé que ce dommage a été causé par un accident nucléaire. Ainsi, les différentes conventions étudiées par l'auteur consacrent une obligation de réparer les dommages causés par certaines activités ultra dangereuses en l'absence de tout illicite⁶². Elles organisent un régime de responsabilité n'exigeant pas la preuve d'une faute, d'une négligence, ou plus largement d'une quelconque illicéité : la preuve que le dommage a été causé par l'activité à risque suffit à obtenir réparation. Ces conventions définissent les activités à risque et les dommages entrant dans leur champ d'application ; elles identifient la ou les personnes responsables ; elles posent des limites à sa responsabilité (un montant maximal de réparation, des causes exonératoires, ou encore une prescription du droit d'action) ; enfin, elles identifient la loi et le juge nationaux compétents. Dans ces conventions, ce n'est pas l'État, et encore moins l'État en tant que sujet de droit international, qui supporte l'obligation de réparer, mais généralement l'exploitant de l'activité ultra-dangereuse. De même, la responsabilité ne doit pas être mise en œuvre par le biais de mécanismes de droit international, mais de procédures de droit interne. L'intitulé même de plusieurs de ces conventions l'indique : il se réfère à la responsabilité « civile » et non « internationale ». Si l'État supporte la réparation d'un dommage, c'est au même titre que n'importe quel exploitant privé, ou à titre complémentaire de l'exploitant privé au-delà d'un certain montant. Si ces conventions sont des instruments de droit international, la responsabilité pour risque qu'elles mettent en place **n'est pas** une responsabilité internationale de l'État, mais une responsabilité civile qui doit être organisée par chaque partie contractante au sein de son droit interne⁶³. Du reste, ces conventions peuvent laisser une marge considérable à la loi nationale compétente⁶⁴.

Pour Jenks, il y a deux manières d'appréhender ces conventions : soit elles sont uniquement des dérogations spéciales au principe selon lequel la responsabilité de l'État en droit international repose exclusivement sur la faute, y compris la négligence ; soit elles sont l'anticipation d'un principe général qui viendra qualifier le principe général de la responsabilité pour faute de l'État et qui sera susceptible de s'appliquer à de nouveaux domaines⁶⁵. Il évoque

français est accessible en ligne : [https://www.oecd-nea.org/jcms/pl_31793/convention-de-paris-texte] et la Convention de Bruxelles du 25 mai 1962 relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires.

⁶² Il faut toutefois mettre à part la convention de Varsovie pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international du 12 octobre 1929 qui prévoit la responsabilité **contractuelle** du transporteur aérien vis-à-vis des passagers et des bagages transportés. Le transporteur peut s'exonérer de cette responsabilité en démontrant qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage ou qu'il lui était impossible de les prendre : il ne s'agit donc pas d'une responsabilité fondée exclusivement sur le risque, mais bien sur la négligence.

⁶³ En ce sens, il a été relevé que « *toutes ces conventions internationales n'établissent qu'un régime de droit uniforme en droit international privé* » (DUPUY (P.-M.) et KERBRAT (Y.), *Droit international public*, 11^e éd., 2012, Paris, Dalloz, spéc. §472). La formule souligne que si ces conventions, comme tous les traités, trouvent leur source dans l'ordre international, leur objet est d'établir un régime de responsabilité uniforme au sein des ordres internes des différents Etats contractants, et non pas un régime de responsabilité internationale.

⁶⁴ À titre d'exemple, en vertu de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, la loi nationale compétente, qui est en principe la loi de l'État sur le territoire duquel se trouve l'installation nucléaire et sur le territoire duquel l'accident nucléaire s'est produit, peut limiter la responsabilité de l'exploitant à condition de respecter le montant plancher établi dans la convention (article V.1) ; peut étendre le délai de recours au-delà de dix ans après la date de l'accident nucléaire (article VI.1) ; peut fixer un délai d'extinction ou de prescription à compter de la date à laquelle la victime du dommage nucléaire a eu ou aurait dû avoir connaissance de ce dommage et de l'identité de l'exploitant qui en est responsable (article VI.3) ; détermine le montant, la nature et les conditions de l'assurance ou de la garantie que l'exploitant d'une installation nucléaire est tenu de maintenir (article VII) ; détermine, dans les limites de la convention, la nature, la forme et l'étendue de la réparation (article VIII).

⁶⁵ JENKS (C.W.), « Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law », préc., p. 106.

d'ailleurs certains de ces nouveaux domaines potentiels : les activités d'exploration des sols pour des sources de gaz ou de pétrole⁶⁶, les activités de contrôle de la météo ou du climat⁶⁷, les activités d'expérimentation biologique⁶⁸, et les activités liées à l'électronique et la cybernétique⁶⁹. Ainsi, derrière ces conventions, Jenks voit bien autre chose que la responsabilité civile de l'exploitant d'une activité ultra dangereuse prévue dans certains cas particuliers : il y perçoit déjà en filigrane la responsabilité internationale de l'État pour risque, responsabilité qui sans être clairement consacrée dans ces conventions, serait nécessairement impliquée⁷⁰. En reprenant l'exemple de la convention de Vienne, l'État contractant est tenu de s'assurer que les exploitants d'installations nucléaires situées sur son territoire et le cas échéant ses tribunaux assureront en cas d'accident nucléaire une réparation conforme à la convention. De plus, la garantie financière de l'État où se trouve située l'installation nucléaire est susceptible d'intervenir si le paiement des indemnités à la charge de l'exploitant n'est pas couvert par l'assurance de ce dernier (article VII.1). Pour Jenks, il ne fait alors pas de doute que : « *the issues involved transcend the civil liability of the operator and can be dealt with as public policy requires only by the assumption by the State of responsibility for the control and consequences of ultra-hazardous activities occurring or originating within its jurisdiction or undertaken under its authority* »⁷¹. L'échelle des dommages impliquerait une transformation de la responsabilité civile de l'exploitant en une responsabilité internationale de l'État. À la lecture de la convention, il est toutefois permis de douter à la fois de la réalité et de la nature de cette responsabilité internationale de l'État : à supposer qu'elle apparaisse, en filigrane, n'est-ce pas une responsabilité pour illicite, l'État manquant à ses obligations en vertu de la convention d'assurer la réparation adéquate des dommages causés par des activités ultra dangereuses situées sur son territoire ?

Il y a bien un domaine où une convention internationale consacre expressément une responsabilité internationale de l'État pour risque. Cette convention était en négociation au moment où Jenks écrit son cours, et il l'appelait de ses vœux⁷². Il s'agit de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, ouverte à la signature le 29 mars 1972⁷³, alors que l'exploration spatiale et les conséquences dommageables susceptibles d'en résulter commençaient à apparaître. Elle réunit aujourd'hui plus de 100 États parties. En vertu de son article II, « *l'État de lancement a la responsabilité absolue de verser réparation pour le dommage causé par son objet spatial à la surface de la Terre ou aux aéronefs en vol* ». Il ne fait pas de doute qu'est ici consacrée une responsabilité internationale de l'État dont l'unique objectif est la réparation des dommages causés en l'absence de tout illicite, en raison de la réalisation d'un risque inhérent à une activité non interdite par le droit

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 158-159.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 162-163.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 169.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 168.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 144-145.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 144-145.

⁷² *Ibid.*, p. 152.

⁷³ *RTNU*, vol. 961, 1975, p. 203.

international⁷⁴. La mise en oeuvre de cette responsabilité, c'est-à-dire la demande de réparation, doit intervenir entre Etats « *par la voie diplomatique* »⁷⁵.

Dans un autre domaine, celui des pollutions, où une pratique internationale existait déjà dans les années 1960, Jenks souligne que la consécration d'une responsabilité pour risque est plus débattue. Dans ce domaine, les dommages revêtent souvent une caractéristique un peu différente : il s'agit souvent d'évènements qui pris individuellement n'ont pas une ampleur catastrophique, mais qui s'accumulent les uns aux autres au fil du temps de telle sorte qu'ils causent des dommages diffus, dont l'origine est difficile à isoler, mais qui finissent par revêtir une ampleur considérable. Jenks relève que les conventions qui ont jusqu'alors été conclues en la matière ont davantage mis l'accent sur la prévention des dommages que sur leur réparation⁷⁶.

L'objectif de l'auteur n'est pas de remettre en cause la responsabilité pour illicite, mais bien de défendre une exception à cette responsabilité lorsqu'elle est inapplicable et impraticable⁷⁷. Comme Scelle, Jenks part des limites de la responsabilité pour illicite, en insistant sur les limites pratiques de cette responsabilité. Il souligne en particulier la difficulté pour la victime d'un dommage résultant d'une activité ultra-dangereuse de rapporter la preuve d'une faute ou d'une négligence⁷⁸. Et tout comme Scelle, Jenks défend que la responsabilité pour risque mérite une place en droit international. Son approche est très englobante : il n'écarte pas la nécessité d'établir des règles internationales de prévention et d'atténuation des dangers liés à certaines activités, mais il estime que de telles règles sont insuffisantes et doivent être complétées par des règles d'indemnisation en cas de réalisation des dangers.⁷⁹ Autrement dit, Jenks milite pour le développement à la fois d'un droit international de la prévention et d'un droit international de la responsabilité pour risque⁸⁰. C'est pourquoi ses développements mélangent souvent des aspects liés à l'illicite et des aspects liés au risque. Il affirme cependant qu'en matière de prévention, le juriste est dépendant des connaissances scientifiques et techniques en vue de formuler les règles. Au contraire, en matière de responsabilité pour risque, la contribution du juriste peut être bien plus grande puisqu'il doit inventer un tout nouveau régime⁸¹. C'est pourquoi Jenks fait lui-même la proposition d'un ensemble de règles générales, y compris la règle suivante : chaque État est responsable, indépendamment de la preuve d'une faute, pour les dommages causés à la communauté internationale, à d'autres États ou à leurs nationaux, résultant des activités ultra-dangereuses se déroulant sous sa juridiction, provenant de sa juridiction ou entreprise pour son compte ou sous son autorité⁸². Pour Jenks, une telle règle doit être consacrée dans un instrument international de portée générale et servir de base à

⁷⁴ L'article III de la Convention envisage d'ailleurs la responsabilité de l'État pour les dommages causés par ses objets spatiaux ailleurs qu'à la surface de la Terre, cette fois lorsque le dommage est imputable à sa faute ou à la faute des personnes dont il doit répondre.

⁷⁵ Article IX de la Convention.

⁷⁶ JENKS (C.W.), « Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law », préc., p. 126. Jenks prend les exemples du traité sur l'Indus du 19 septembre 1960 entre l'Inde et le Pakistan, de la convention de Genève sur la haute mer du 29 avril 1958 ainsi que de la convention internationale de Londres pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures du 12 mai 1954 (*ibid.*, pp. 123-124).

⁷⁷ *Ibid.*, p. 108.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 165 et p. 180.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 167.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 170.

⁸¹ *Ibid.*, p. 173.

⁸² *Ibid.*, p. 194.

un ensemble de conventions plus détaillées conclues au fur et à mesure de l'apparition de nouveaux dangers⁸³.

Les écrits de Georges Scelle et de Clarence Wilfried Jenks ne traduisent pas la même appréhension du risque. Chez Scelle, le risque est entendu largement comme renvoyant à toute activité étatique pouvant causer des dommages dans les rapports internationaux, que cette activité soit directement le fait des organes de l'État ou non. Chez Jenks, le risque a un sens plus restreint, il est lié à certains types d'activités dont les conséquences peuvent être exceptionnelles, que ces activités soient menées par l'État ou par un particulier. L'approche de Scelle s'inscrit dans une construction théorique cohérente, même s'il s'appuie sur des exemples concrets afin de démontrer la nécessité du risque étatique comme base de la responsabilité internationale. L'approche de Jenks est beaucoup plus pratique et ne distingue pas toujours ce qui relève du droit international et ce qui relève du droit interne. La nécessité de passer d'une responsabilité interne de l'exploitant d'une activité ultra-dangereuse à une responsabilité internationale de l'État pour risque est ressentie plus que démontrée. Pourtant, les deux auteurs se rejoignent sur plusieurs points. La responsabilité qu'ils défendent n'est plus une responsabilité fondée sur la garantie de la légalité internationale, mais sur la réparation des dommages et la répartition juste des conséquences dommageables attachées à certaines activités qui ne sont en elles-mêmes pas contraires au droit international. Cette responsabilité pour risque joue à titre subsidiaire, lorsque la responsabilité pour illicite n'est pas envisageable, soit qu'aucune violation ne peut être imputée à l'État, soit que la preuve d'une violation serait trop difficile à rapporter. Un jeu de vases communicants entre les deux responsabilités se met alors en place : la responsabilité pour risque peut se déployer d'autant que la responsabilité pour illicite n'est pas envisageable. Dès lors, il convient de voir comment les idées de ces deux auteurs ont trouvé un écho au sein du droit international positif : à bien des égards, les critiques formulées à l'encontre de la responsabilité pour illicite ont été entendues, mais sans pour autant conduire à l'établissement d'une responsabilité pour risque de l'État en droit international.

II. La responsabilité pour risque : une réponse peu crédible aux limites de la responsabilité pour illicite

Depuis les écrits de Scelle et de Jenks, l'évolution du droit international positif a été très peu favorable au déploiement de la responsabilité pour risque. C'est nettement sur le terrain de la responsabilité pour illicite que la pratique s'est développée. À cette occasion, le régime de la responsabilité pour illicite a montré ses capacités d'adaptation (A). Pour autant, l'intérêt d'une responsabilité pour risque n'a pas complètement disparu, mais la difficulté à tracer les contours du régime de cette responsabilité alternative de l'État en droit international est considérable (B).

A. L'adaptation progressive du régime de la responsabilité pour illicite

Le concept de fait internationalement illicite finalement retenue par la Commission du droit international, incluant à la fois la conduite contraire à l'obligation internationale et

⁸³ *Ibid.*, p. 177.

l'imputation de cette conduite à l'État⁸⁴, permet d'appréhender un grand nombre de situations dommageables et de réduire d'autant la nécessité d'un autre fait générateur de la responsabilité de l'État en droit international (3). Cette évolution était déjà envisagée par Scelle et Jenks. Il est intéressant de l'illustrer dans deux domaines en particulier : d'une part, celui du traitement des étrangers, sur lequel Scelle se concentrait, et qui connaît aujourd'hui des développements particuliers dans le cadre du droit international économique (1) ; d'autre part, celui du droit de l'environnement (2), qui a pour objet de répondre à des dangers qui étaient déjà envisagés par Jenks.

Avant d'examiner le développement des obligations internationales à la charge de l'État, dont la qualité de sujet primaire du droit international n'a pas été remise en cause depuis les écrits de Scelle, il faut souligner que les règles d'imputation ont été adaptées afin de remédier à certaines limites de la responsabilité pour illicite identifiées par l'éminent auteur. Ainsi, les articles de la CDI, qui peuvent sur ce point être considérés par les juridictions internationales comme reflétant aujourd'hui le droit international coutumier⁸⁵, ont retenu une définition large des « organes de l'État », incluant en particulier toutes les entités infra-étatiques, y compris celles sur lesquelles l'État central n'exerce aucun pouvoir en vertu du droit interne⁸⁶. S'ajoute l'imputation à l'État de la conduite de ses organes ou des entités qu'il a habilité à exercer des prérogatives de puissances publiques lorsqu'ils agissent *ultra vires*⁸⁷. D'une certaine façon, l'État aurait dû prévoir dans son droit interne les mécanismes évitant de telles conduites. Il ne l'a pas fait, il se voit imputer de la même manière la conduite illicite sans pouvoir exciper de ses règles internes de compétence. Il est difficile de ne pas voir, comme le défendait Scelle, la mise à la charge de l'Etat d'un « risque », celui résultant du libre choix de son organisation interne. L'État « paye » sa liberté, l'absence d'obligation internationale encadrant sa structure ou son fonctionnement internes, en répondant de leurs éventuelles défaillances. Dit autrement, les règles générales d'imputation de l'illicite à l'Etat ont fait la place au risque. Il faut encore que les conduites ainsi imputées à l'État constituent une violation de ses obligations pour engager sa responsabilité internationale.

1. L'exemple du droit international économique

Dans le premier domaine, celui du traitement des étrangers, la mobilisation du risque comme fait générateur de la responsabilité internationale n'apparaît plus autant requise face aux développements des obligations conventionnelles à la charge de l'État. L'un des principaux apports des milliers de traités de promotion et de protection des investissements internationaux actuellement en vigueur est ainsi la consécration d'une obligation de ne pas exproprier les

⁸⁴ Article 2 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, annexe de la Résolution 56/83 de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 12 décembre 2001.

⁸⁵ V. AGNU, Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Compilation de décisions de juridictions internationales et d'autres organes internationaux, Rapport du Secrétaire général, 1^{er} février 2007, A/62/62, spéc. pp. 16-27 et pp. 31-36 et 17 avril 2007, A/62/62/Add.1, spéc. p. 2.

⁸⁶ Cette règle générale d'imputation est prévue à l'article 4 rédigé par la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

⁸⁷ Cette règle générale d'imputation est prévue à l'article 7 rédigé par la Commission du droit international sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite.

investissements étrangers sans compensation adéquate⁸⁸. La formulation de cette obligation conventionnelle face à l'incertitude du droit international général s'inscrit directement dans le cadre de la responsabilité pour illicite : si l'Etat exproprie un investissement étranger sans verser de compensation adéquate⁸⁹, sa responsabilité peut être engagée directement sur le fondement d'un manquement au traité. La pratique s'est beaucoup interrogée sur la possibilité qu'une mesure n'ayant pas pour objet d'exproprier un investisseur étranger, mais ayant un effet privatif de propriété équivalent, constitue elle-même une expropriation illicite si elle ne s'accompagne pas de compensation adéquate⁹⁰. Cet exemple montre que la précision des obligations internationales, celles dont la violation déclenche la responsabilité pour illicite de l'État, est en constante évolution.

Ces mêmes traités de promotion et de protection des investissements internationaux consacrent à la charge de l'État qui accueille un investissement étranger sur son territoire, une obligation de sécurité en vertu de laquelle l'État doit s'abstenir de porter directement une atteinte physique à l'investissement ou à l'investisseur étranger, mais également prendre toute mesure raisonnable permettant de prévenir une telle atteinte d'origine privée⁹¹. On retrouve ici une hypothèse déjà identifiée par Georges Scelle, celle de l'obligation pour l'État d'organiser de manière diligente la sécurité sur son territoire. Les traités de promotion et de protection des investissements ne vont cependant pas plus loin dans l'identification de l'illicite : la seule preuve d'un dommage matériel subi par l'investissement ou par l'investisseur étranger sur le territoire de l'État hôte ne suffira pas à constituer une violation de l'obligation de sécurité et à engager la responsabilité de l'État⁹². L'obligation internationale se trouve cependant renforcée par son inscription dans un traité qui prévoit une procédure juridictionnelle internationale que l'investisseur étranger peut le plus souvent déclencher unilatéralement si l'État ne s'exécute pas spontanément. En effet, l'immense majorité des traités relatifs aux investissements étrangers contiennent une offre d'arbitrage de la part de l'Etat, que l'investisseur étranger peut accepter afin d'obtenir la constitution d'un tribunal arbitral⁹³.

Le risque qui consiste pour une personne étrangère à faire des affaires en territoire étranger, et à se retrouver confronter à l'exercice de ses pouvoirs souverains par l'État d'accueil, est ainsi appréhendé sous l'angle d'un ensemble d'obligations internationales mis à la charge de cet État. La violation de ces obligations engagera la responsabilité de l'État, laquelle pourra

⁸⁸ DUPUY (P.-M.) et RADI (Y.), « Le droit de l'expropriation directe et indirecte », in LEBEN (C.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, Pedone, 2015, spéc. p. 379 et pp. 408-412.

⁸⁹ Les traités de promotion et de protection des investissements ajoutent d'autres conditions de licéité pour que l'expropriation d'un investissement étranger soit licite notamment la poursuite d'un intérêt général, l'absence de discrimination et le respect du *due process* (*ibid.* 408-412), mais c'est bien la condition d'une compensation adéquate qui concentre le plus souvent l'attention des parties et des juges.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 379 et pp. 389-408. V. aussi DE NANTEUIL (A.), *L'expropriation indirecte en droit international de l'investissement*, Paris, Pedone, 2014, 652 p.

⁹¹ Sur cette obligation de sécurité, v. ZEITLER (H. E.), « Full Protection and Security », in SCHILL (S.) (dir.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, pp. 183-212.

⁹² Sur l'absence de responsabilité de plein droit de l'État dès lors que l'investissement a subi une atteinte physique et la consécration d'une obligation de prévention des atteintes causées par des tiers : v. NOUVEL (Y.), « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », in LEBEN (C.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, préc., spéc. pp. 317-319.

⁹³ MAYER (P.) et SIMÕES E SILVA (A.C.), « Le consentement à l'arbitrage », in LEBEN (C.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, préc., spéc. p. 700.

être mise en œuvre par un arbitre international. La responsabilité de l'État sur le fondement de ces traités d'investissement est bien une responsabilité internationale pour fait illicite⁹⁴, qui reste toutefois concentrée sur la réparation du dommage subi par les particuliers. À ce titre, le contentieux de l'investissement a pu être qualifié de « patrimonial »⁹⁵.

Même dans le domaine du droit international économique, le développement des obligations conventionnelles à la charge des États et de mécanismes particuliers permettant de mettre en œuvre leur responsabilité internationale **pour illicite** conserve toutefois des limites. Un autre exemple envisagé par Scelle est ainsi toujours d'actualité, celui du boycott décidé par des particuliers sans intervention de l'État, et qui causerait un dommage à des producteurs étrangers. Le GATT, en particulier son article XI.1, interdit de manière générale les restrictions quantitatives à l'importation. Si la notion de restrictions quantitatives est interprétée très largement par le juge de l'OMC, jusqu'à couvrir des mesures non obligatoires, celui-ci retient tout de même qu'une telle mesure doit dépendre « *essentiellement d'une action ou d'une intervention du gouvernement* »⁹⁶. Autrement dit, une initiative purement privée ne peut pas constituer une restriction quantitative au sens de l'article XI.1 du GATT⁹⁷. Une telle initiative ne pourrait donc pas conduire à la mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour violation de l'une de ses obligations dans le cadre du mécanisme de règlement des différends de l'OMC. Du reste, si ce mécanisme s'inscrit bien dans le cadre de la responsabilité internationale pour illicite, il ne s'intéresse pas à la réparation⁹⁸, ce qui le rend d'emblée moins attrayant pour des producteurs étrangers ayant subi un dommage. Ainsi, face à un boycott d'origine purement privée, même si celui-ci cause des dommages à certains producteurs étrangers, le droit international n'offre toujours pas de remède sur le terrain du fait internationalement illicite.

En se concentrant sur ces exemples limités fournis par le droit international économique, on voit à la fois les progrès du fait internationalement illicite, mais aussi les limites persistantes de celui-ci. Les États ou les juges refusent d'appréhender trop largement les conduites considérées comme illicites, dans un domaine où les dommages subis restent essentiellement économiques et circonscrits à certains opérateurs étrangers.

2. *L'exemple du droit international de l'environnement*

Dans le deuxième domaine, celui du droit international de l'environnement, l'adaptation du régime de la responsabilité pour illicite est plus remarquable encore. Ce domaine semblait

⁹⁴ V. LEBEN (C.), « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », *AFDI*, vol. 50, 2004, pp. 683- 714.

⁹⁵ LATTY (F.), « Conditions d'engagement de la responsabilité de l'État d'accueil de l'investissement », in LEBEN (C.) (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, préc., spéc. p. 418. V. aussi, dans le même ouvrage, RAUX (M.), « Les conséquences de la responsabilité internationale de l'État d'accueil de l'investissement », pp. 463-499. L'auteur souligne que ces conséquences sont principalement pécuniaires.

⁹⁶ Rapport du Groupe spécial du GATT 1947, *Japon – Commerce des semi-conducteurs*, L6309 – 35S126, 4 mai 1988, spéc. §109.

⁹⁷ Cet exemple montre l'interdépendance des deux éléments constitutifs du fait internationalement illicite que sont la violation d'une obligation internationale et l'imputation à un sujet de droit international (en ce sens, COMBACAU (J.), *Droit international public*, préc., p. 542).

⁹⁸ V. HAMANN (A.), *Le contentieux de la mise en conformité dans le règlement des différends de l'O.M.C.*, Études de Droit International, vol. 7, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2014, spéc. pp. 335-340. Pour mémoire, seuls les Membres de l'OMC, et non les particuliers, ont le droit d'agir dans le cadre de ce mécanisme de règlement des différends.

particulièrement propice au développement d'une responsabilité pour risque, ce que Jenks avait bien repéré⁹⁹. Les atteintes à l'environnement du fait des activités humaines, dont la plupart n'ont rien d'illicite, sont en effet multiples et leurs conséquences considérables ne s'arrêtent pas aux frontières d'un État. Mais, plutôt que le développement d'une responsabilité pour risque, le domaine va connaître un développement remarquable de la responsabilité pour illicite. Ce droit va se développer à partir de la Déclaration de Stockholm du 16 juin 1972¹⁰⁰ adoptée lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement. Le principe 21 de la Déclaration mérite d'être mentionné : « *les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale* »¹⁰¹. Si la première partie de l'énoncé rappelle la liberté de l'État en matière d'exploitation de ses ressources naturelles, la deuxième partie de l'énoncé reconnaît, à la charge de l'État, un « *devoir* » qui vient encadrer cette liberté et place d'emblée l'éventuelle responsabilité internationale de l'État sur le terrain de l'illicite, le manquement à une obligation.

Dans le domaine environnemental, la responsabilité pour illicite de l'Etat va se développer autour d'un illicite particulier, la négligence¹⁰², que Scelle et Jenks évoquaient déjà sous les expressions de « *due diligence* » et de « *droit de la prévention* ». Avant même la Déclaration de Stockholm, dans plusieurs affaires, l'existence en droit international d'un principe d'utilisation non dommageable du territoire à la charge de l'État a été consacrée. Ce principe trouvera ensuite à s'appliquer dans le domaine de la protection de l'environnement. Les faits d'espèces auraient pu conduire les parties comme les juges à envisager une responsabilité pour risque ; il n'en fut rien. On pense à l'affaire de la Fonderie du Trail datant de 1941¹⁰³, mais surtout à l'affaire du Détroit de Corfou portée devant la Cour internationale de justice en 1947¹⁰⁴. À l'origine de cette affaire, les dommages matériels et pertes humaines subis par le Royaume-Uni à la suite de l'explosion de deux de ses navires de guerre sur des mines situées dans le Détroit de Corfou, dans les eaux territoriales albanaises. La Cour devait déterminer si l'Albanie était responsable, et partant avait obligation de réparer, les dommages

⁹⁹ JENKS (C.W.), « *Liability for Ultra-Hazardous Activities in International Law* », préc., p. 126.

¹⁰⁰ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972, New York, Publication des Nations Unies, A/CONF.48/14/Rev.1, 1973, spéc. pp. 3-6.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 5.

¹⁰² La négligence correspond au manquement à une obligation de vigilance, de prévention ou de due diligence. Les trois termes sont utilisés de manière interchangeable dans cet article. Sur l'expression facile à utiliser mais impropre d'obligation de due diligence, qui est en réalité une obligation de *x* avec due diligence, v. BESSON (S.), « *La Due Diligence en Droit international* », *RCADI*, vol. 409, 2020, spéc. pp. 211-212. Sur le rôle de la due diligence en droit international de l'environnement, v. *ibid.*, spéc. pp. 322-335.

¹⁰³ Dans cette affaire, le tribunal avait affirmé : « *Under the principles of international law, as well as of the law of the United States, no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidences* » (sentence arbitrale du 11 mars 1941, *RSA* vol. III, spéc. p. 1965). La portée de cette affirmation mérite d'être prise avec prudence dès lors que le tribunal se prononce non seulement au regard du droit international mais aussi du droit américain. Surtout, la responsabilité du Canada, et son obligation de réparer les dommages causés sur le territoire américain par des fumées nocives émises par une usine située sur son propre territoire, étaient reconnues dans le compromis d'arbitrage. Il revenait donc au tribunal de fixer le montant de la réparation (v. CAHIER (P.), « *Le problème de la responsabilité pour risque en droit international* », préc., spéc. p. 413).

¹⁰⁴ CIJ, *Affaire du Détroit de Corfou*, fond, arrêt du 9 avril 1949, *CIJ Rec.* 1949, spéc. pp. 18-23.

subis par le Royaume-Uni. À la lumière des conclusions des parties, la Cour va clairement opter pour une responsabilité pour illicite et non pour risque¹⁰⁵. En effet, le Royaume-Uni soutenait que l'Albanie savait ou aurait dû savoir que des mines étaient amarrées dans le Déroit et, en conséquence, elle aurait dû avertir les navires britanniques. Le Royaume-Uni ne se contentait donc pas d'invoquer l'existence d'un dommage subi par ses navires à raison de mines présentes en territoire albanais pour demander l'engagement de la responsabilité de l'Albanie. Au contraire, le Royaume-Uni soutenait bien que l'Albanie avait manqué à ses obligations internationales. Il restait pour la Cour à identifier clairement les obligations internationales en question. Les dommages étant intervenus en temps de paix, la Convention VIII de La Haye de 1907 n'était pas applicable. Mais la Cour énonce alors « *l'obligation pour tout État de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États* »¹⁰⁶. Cette obligation de portée générale résulte du contrôle exclusif que l'État exerce sur son territoire¹⁰⁷. Elle n'implique pas que l'État empêche absolument tout dommage subi sur son territoire par un État étranger ou ses ressortissants, mais que l'État agisse de manière raisonnable pour prévenir un tel dommage lorsqu'il a connaissance du danger. La Cour affirme ainsi : « *on ne saurait conclure du seul contrôle exercé par un État sur son territoire [...] que cet État a nécessairement connu ou dû connaître tout fait illicite international qui y a été perpétré non plus qu'il a nécessairement connu ou dû connaître ses auteurs. En soi, [le contrôle exercé par un État sur son territoire] ne justifie ni responsabilité prima facie ni déplacement dans le fardeau de la preuve* »¹⁰⁸. La violation de l'obligation mise à la charge de l'État n'intervient que lorsque l'État n'a pas exercé la vigilance requise pour prévenir de tels dommages¹⁰⁹. C'est de la négligence que découle la responsabilité de l'État et son obligation de réparer. Cela suppose, pour celui qui réclame l'engagement de la responsabilité de l'État, conformément au principe *actori incumbit probatio*, de prouver la connaissance du danger et la réaction insuffisante de l'État sur son propre territoire. Si elle n'admet pas de renversement de la charge de la preuve, la Cour reconnaît la difficulté de rapporter une telle preuve et admet en conséquence la prise en compte de modes de preuve particuliers, notamment de présomptions. Elle affirme ainsi : « *le contrôle territorial exclusif exercé par l'État dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve propres à démontrer cette connaissance. Du fait de ce contrôle exclusif, l'État victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux*

¹⁰⁵ Dans le même sens, LEVY (D.), « La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public », *préc.*, spéc. p. 747.

¹⁰⁶ CIJ, *Affaire du Déroit de Corfou*, *préc.*, p. 22.

¹⁰⁷ On en trouve déjà l'essence dans la sentence du 4 avril 1928 rendue par l'arbitre Max Huber dans l'*Affaire de l'Île de Palmas (ou Miangas), États-Unis c. Pays-Bas* : « *La souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire, les droits des autres États, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix et en temps de guerre, ainsi que les droits que chaque État peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger. L'État ne peut pas remplir ce devoir s'il ne manifeste pas sa souveraineté territoriale d'une manière adéquate aux circonstances. La souveraineté territoriale ne peut se limiter à son aspect négatif, c'est-à-dire au fait d'exclure les activités des autres États [...]* » (RSA, vol. II, pp. 829-871, trad. non officielle de l'anglais au français par Ch. Rousseau, *RGDIP*, 1935, pp. 156-202).

¹⁰⁸ CIJ, *Affaire du Déroit de Corfou*, *préc.*, p. 18.

¹⁰⁹ CAHIER (PH.), « Le problème de la responsabilité pour risque en droit international », *préc.*, spéc. p. 420.

présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciées (circumstantial evidence) »¹¹⁰. Dans les circonstances particulières de l'espèce, la négligence de l'Albanie est constituée pour n'avoir pris aucune mesure afin d'avertir les navires de guerres britanniques, qui se dirigeaient vers la zone minée, alors même qu'elle ne pouvait ignorer la présence des mines¹¹¹. La responsabilité pour illicite de l'Albanie est donc engagée.

Le principe de droit international général, dont découle à la charge de tout État une obligation de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire ou sous sa juridiction ne causent un dommage à un autre État, y compris à son environnement, sera rappelé à plusieurs reprises par la CIJ et d'autres juridictions internationales¹¹². Mais il va surtout être précisé par de nombreux traités établissant des obligations de prévention et mettant en place des procédures internationales assurant la mise en œuvre de la responsabilité de l'État en cas de violation de ces obligations. Pour ne donner qu'un exemple, la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer énonce dans sa partie XII consacrée à la protection et à la préservation du milieu marin plusieurs obligations de prévention de la pollution. Selon l'article 196.1, « [l]es États prennent toutes les mesures nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin résultant de l'utilisation de techniques dans le cadre de leur juridiction ou sous leur contrôle ». Quant à l'article 235, il confirme « [i]l incombe aux États de veiller à l'accomplissement de leurs obligations internationales en ce qui concerne la protection et la préservation du milieu marin. Ils sont responsables conformément au droit international. » La Convention de Montego Bay comprend par ailleurs une partie XV consacrée aux règlements des différends entre États parties relatifs à l'interprétation ou l'application de la Convention¹¹³. Le rattachement au droit international et à la responsabilité pour illicite est ainsi assuré.

¹¹⁰ CIJ, *Affaire du Déroit de Corfou*, préc., p. 18.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 22-23 : « la Cour tire la conclusion que le mouillage du champ de mines, qui a provoqué les explosions [...] n'a pas pu échapper à la connaissance du Gouvernement albanais [...] Les obligations qui dérivent pour l'Albanie de cette connaissance ne sont pas contestées [...] Les obligations qui incombaient aux autorités albanaïses consistaient à faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaïses et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposait ce champ de mines [...] En fait, rien ne fut tenté par les autorités albanaïses pour prévenir le désastre. Ces graves omissions engagent la responsabilité internationale de l'Albanie ». La Cour va retenir deux séries de faits démontrant que l'Albanie ne pouvait ignorer la présence des mines. D'une part, les faits tenant aux attitudes de l'Albanie, ceux-ci démontrant, alors que les mines avaient été récemment amarrées, que l'Albanie n'avait cessé d'exercer une vigilance très attentive sur le Déroit de telle sorte que le mouillage des mines n'avait pas pu lui échapper. D'autre part, les faits concernant les possibilités techniques d'observer le mouillage de mines depuis la côte albanaïse (*ibid.*, pp. 19-20).

¹¹² CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Rec.* 1996, spéc. §29 ; cité dans CIJ, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie / Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.* 1997, spéc. §53 ; CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt du 20 avril 2010, *CIJ Rec.* 2010, spéc. §101 ; TA, *Affaire du Rhin de fer (Belgique / Pays-Bas)*, sentence du 24 mai 2005, spéc. §59.

¹¹³ Cette partie XV prévoit plusieurs modes juridictionnels de règlement des différends, qui sont applicables selon les choix des parties et/ou l'objet du différend. De nombreux différends portant sur les obligations environnementales consacrées par la convention relèvent toutefois de mécanisme juridictionnel obligatoire : TREVES (J.), « Les différends en droit international de l'environnement : règlement judiciaires et méthodes alternatives », in SFDI, Colloque d'Aix-en-Provence, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, préc., spéc. p. 441.

La Convention de Montego Bay est cependant un peu à part, car tous les accords de protection de l'environnement ne prévoient pas de mécanismes juridictionnels de règlement des différends, et encore moins des mécanismes qu'une partie peut mettre en œuvre unilatéralement à l'encontre d'une autre partie¹¹⁴. La plupart du temps, il faudra obtenir l'accord des parties, postérieurement à la naissance du différend, pour qu'un juge soit saisi. Cela étant dit, au-delà des mécanismes juridictionnels de règlement des différends interétatiques, les traités de protection de l'environnement font place à des mécanismes de suivi et de contrôle non juridictionnel qui conduisent l'État sur le chemin de la conformité à ses obligations conventionnelles « *plutôt que de lui imposer de faire face aux conséquences d'un acte illicite* »¹¹⁵. Dans l'idéal, les obligations de prévention et la seule existence des mécanismes juridictionnels ou non juridictionnels de contrôle du respect de ces obligations doivent permettre d'éviter l'illicite et le dommage. La mise en œuvre de la responsabilité, et l'octroi d'une réparation restent un pis-aller. La CIJ elle-même a relevé que « *dans le domaine de la protection de l'environnement, la vigilance et la prévention s'imposent en raison du caractère souvent irréversible des dommages causés à l'environnement et des limites inhérentes au mécanisme même de réparation de ce type de dommages* »¹¹⁶. Malgré cela, le droit international de l'environnement, qui a connu un essor normatif remarquable à partir des années 1970, rencontre de graves problèmes d'ineffectivité depuis le milieu des années 1990, notamment au stade de sa mise en œuvre¹¹⁷, qui ne peuvent pas être ignorés.

3. L'intérêt réduit d'une mobilisation du risque

Le droit international de l'environnement, et dans une moindre mesure le droit international économique, fournissent l'illustration de ce que le professeur Pierre-Marie Dupuy appelle « *la précarité de la notion d'activité licite* » qui se trouve sous « *la menace perpétuelle de sa dénaturation pour négligence* »¹¹⁸. L'État est tenu en vertu d'un ensemble de conventions qui prennent appui ou consolident des principes de droit international général de prévenir les dommages causés à des États ou des ressortissants étrangers en agissant de manière diligente. La pratique a fait le choix de développer des obligations de conduite, dont la violation déclenche la responsabilité pour illicite, plutôt que la mise en place d'un régime de responsabilité pour risque. Avec la consécration d'obligations de diligence ou de prévention, la question de l'imputation à l'État est réglée : c'est bien la conduite de l'État, en particulier son omission, par le biais de ses organes ou des entités qu'il a habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique, qui n'a pas atteint la diligence requise. Autrement dit, plutôt que de s'attarder sur l'activité à l'origine du dommage elle-même, le droit international se tourne vers

¹¹⁴ *Ibid.*, spéc. p. 440 et pp. 443-444.

¹¹⁵ *Ibid.*, spéc. p. 434 et p. 445.

¹¹⁶ CIJ, *Affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie / Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Rec.* 1997, spéc. §140.

¹¹⁷ MALJEAN-DUBOIS (S.), « La "fabrication" du droit international au défi de la protection de l'environnement : rapport général », in SFDI, Colloque d'Aix-en-Provence, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, Pedone, 2010, spéc. p. 36.

¹¹⁸ DUPUY (P.-M.), *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1974, spéc. p. 228.

la passivité de l'État vis-à-vis de cette activité¹¹⁹. L'intérêt des obligations de diligence est par ailleurs qu'elles s'adaptent aux circonstances d'espèce¹²⁰. Les moyens à la disposition de l'Etat sont pris en compte afin d'évaluer le niveau de diligence attendu et le caractère licite ou non de l'omission. La diligence exigée des uns n'est pas la même que la diligence exigée des autres, tout comme la diligence exigée hier n'est pas la même que la diligence exigée aujourd'hui. Les circonstances influent ainsi directement sur le constat ou non d'une omission illicite sans que l'obligation ou le régime de responsabilité attaché à sa violation aient à être modifiés. Dans un domaine en perpétuelle évolution du point de vue technique et scientifique, cela est crucial. De plus, la preuve de l'illicite peut être facilitée par le recours aux présomptions¹²¹, moyen de preuve que le juge est libre d'admettre en l'absence de règle spéciale contraire¹²². Il sera alors plus simple pour le plaignant de rapporter la preuve de l'illicite, même s'il continue à en supporter la charge en vertu du principe général *actori incumbit probatio*. En s'appuyant sur l'ensemble des éléments circonstanciels rapportés par le plaignant, le juge va pouvoir inférer l'existence du manque de prévention de la part de l'État.

L'objectif de la responsabilité pour risque chez Scelle comme chez Jenks tenait tout entier dans la réparation du dommage. Or, il est un type de dommage dont la réparation est longtemps restée incertaine en droit international, le dommage environnemental, appréhendé de manière distincte par rapport aux dommages aux personnes, aux biens ou économiques¹²³. Mais à nouveau, le régime de la responsabilité pour illicite a montré ses capacités d'adaptation. En 2018, la Cour internationale de Justice a reconnu, dans l'affaire *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière*, qu'en vertu « des principes du droit international régissant les conséquences de faits internationalement illicites [...] les dommages environnementaux ouvrent en eux-mêmes droit à indemnisation »¹²⁴. Autrement dit, la responsabilité pour illicite permet la réparation des dommages à l'environnement *per se*, en tous les cas lorsque l'environnement est rattaché au territoire d'un État. De plus, la Cour se montre souple quant à la démonstration du lien de causalité entre le fait internationalement illicite et les dommages à l'environnement. En principe, la Cour accorde réparation, sous forme

¹¹⁹ COMBACAU (J), *Droit international public*, préc., spéc. p. 545.

¹²⁰ Cela tient au fait que la due diligence est un standard de comportement. V. NOUVEL (Y.), « Les standards de traitement : le traitement juste et équitable, la sécurité pleine et entière », préc., spéc. pp. 321-322 ; BESSON (S.), « La Due Diligence en Droit international », préc., spéc. pp. 269-276.

¹²¹ La présomption est un « moyen de preuve consistant à inférer de certaines circonstances la véracité d'une allégation » (« Présomption » in BASDEVANT (J.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, spéc. p. 469).

¹²² Le contentieux international suit le principe général de la liberté de la preuve ; en l'absence de règle spéciale contraire, le juge international peut donc accepter tout moyen de preuve, y compris une présomption (SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, 2e éd., Paris, LGDJ Lextenso Editions, 2015, spéc. §§892-895).

¹²³ V. sur ce point, KERBRAT (Y.), « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement : rapport général », in SFDI, Colloque d'Aix-en-Provence, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, Pedone, 2010, spéc. pp. 136-137 et pp. 140-142.

¹²⁴ CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt du 2 février 2019, *CIJ Rec.* 2018, spéc. §§41-42. Cela était déjà envisagé par la CDI dans ses commentaires relatifs à ses articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : « [...] les dommages à l'environnement vont souvent au-delà de ceux qui peuvent facilement être évalués en termes de frais de nettoyage ou de perte de valeur d'un bien. Les atteintes à de telles valeurs environnementales (biodiversité, agrément, etc. – parfois appelées «valeurs de non-usage») ne sont pas moins réelles et indemnisables, en principe, que les dommages aux biens, même si elles sont sans doute plus difficiles à évaluer. » (Ann. CDI, 2001, vol. II(2), spéc. pp. 270-271).

d'une indemnisation, si le demandeur parvient à établir un lien de causalité suffisamment direct et certain entre les dommages qu'il a subis et le fait illicite du défendeur¹²⁵. Cette démonstration d'une causalité suffisamment directe et certaine est un obstacle important à la mise en œuvre de la responsabilité de l'État en matière environnementale : les dommages environnementaux sont souvent diffus et leurs causes complexes. La Cour relève ainsi que les dommages à l'environnement peuvent avoir plusieurs causes concomitantes et que l'établissement avec certitude du lien de causalité peut dépendre de l'état des connaissances scientifiques¹²⁶. Elle est donc prête à tenir compte de ces difficultés particulières et, en fonction des circonstances d'espèce, de considérer que le lien de causalité rapporté par le demandeur est suffisant. Elle facilite ainsi l'accès du demandeur à l'indemnisation.

Ces différentes adaptations du régime de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite témoignent de la grande réussite des articles de la CDI sur cette question. Cette réussite a largement été fatale au développement de la responsabilité pour risque : la négligence l'a emporté sur le risque. Cela explique les difficultés que la CDI a rencontrées à partir de 1978, lorsqu'elle a débuté ses travaux sur la responsabilité de l'État pour risque¹²⁷. En 1997, la Commission a finalement estimé qu'il fallait distinguer deux sujets distincts, situés respectivement en amont et en aval du dommage : d'une part, la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, d'autre part la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses¹²⁸. Le premier de ces sujets a donné lieu au *Projet d'articles relatifs à la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses*¹²⁹. Ce projet s'inscrit directement dans le cadre de la responsabilité pour illicite : il énonce des obligations de conduite à la charge des États afin de prévenir de tels dommages comme l'obligation d'évaluer le risque de dommages transfrontières du fait de certaines activités (article 6) et l'obligation notifier ce risque aux États susceptibles d'être affectés (article 7). Si un État viole l'une de ces obligations de conduite, il est susceptible de voir sa responsabilité pour fait internationalement illicite engagée¹³⁰.

La responsabilité pour illicite s'adapte. Elle offre un fondement à l'obligation de réparer que les États acceptent. Mais elle ne résout pas toutes les difficultés. Aujourd'hui encore certaines activités non interdites par le droit international sont susceptibles de causer des dommages catastrophiques. C'est le cas de nombreuses activités industrielles qui peuvent en cas d'accident avoir un effet dévastateur sur les sols, les eaux, les airs, la santé humaine, la biodiversité, les écosystèmes, le climat. On pense, parmi d'autres activités, à la construction de

¹²⁵ *Ibid.*, §32.

¹²⁶ *Ibid.*, §34.

¹²⁷ Officiellement la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

¹²⁸ L'historique des travaux de la CDI sur les trois sujets est disponible sur le site de l'institution : [<https://legal.un.org/ilc/summaries/summaries.shtml>]. Pour un historique des travaux de la CDI et des difficultés rencontrées : v. HAFNER (G.) et BUFFARD (I.), « Les travaux de la commission du droit international : de la responsabilité à la prévention des dommages », préc., pp. 145-163.

¹²⁹ CDI, *Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses*, 2001, A/56/10, pp. 404-410.

¹³⁰ Les *Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses*, adoptés par la CDI en 2006, confirment dans leur préambule et dans les commentaires relatifs que la violation des obligations de prévention engage la responsabilité pour illicite de l'État (*Ann. CDI* 2006, vol. II(2), spéc. pp. 59 et p. 61 §6).

barrages, à l'exploitation du gaz de schiste, à la recherche médicale, ou encore au développement de l'intelligence artificielle. Autant d'activités qui ne sont pour l'heure pas illicites en droit international, mais qui sont susceptibles de causer des dommages considérables au-delà des frontières du seul État où elles sont localisées. Les obligations de prévention permettent de limiter la réalisation de dommages, de réduire le risque associé à ces activités, mais elles ne peuvent pas l'éliminer complètement. Du reste, ces obligations supposent que les États aient connaissance des dangers et de leur ampleur *a priori*. Un dommage transfrontière reste possible alors même que l'État aurait exercé toute la diligence requise. Un dommage peut également intervenir sans qu'il soit possible de déterminer ou de prouver s'il résulte d'un défaut de diligence de la part de l'État ou d'un événement extérieur. Faut-il alors laisser un tel dommage sans réparation ou se contenter des éventuels recours internes ?¹³¹

La pandémie de la Covid-19 offre un exemple particulièrement topique. La pandémie est d'abord apparue en Chine, dans la province de Wuhan, à la fin de l'année 2019. Cependant, l'origine exacte de cette pandémie reste débattue. Il ne fait en revanche aucun doute que celle-ci a causé et cause encore des dommages d'une ampleur catastrophique au niveau mondial. En ce sens, la réclamation introduite en avril 2020 par l'Etat du Missouri devant les tribunaux fédéraux américains à l'encontre notamment de la République populaire de Chine, du parti communiste chinois et de l'institut de virologie de Wuhan, est remarquable¹³². D'abord en ce qu'elle identifie des dommages très variés, sanitaires, économiques, sociaux, budgétaires, éducatifs, émotionnels, spirituels, et leur ampleur exceptionnelle¹³³. Ensuite, en ce qu'elle cherche à identifier les origines du virus ayant causé ces dommages. Elle évoque « deux théories » : la première, celle d'une transmission de l'animal à l'homme dans le cadre d'un marché ; la deuxième, celle d'un virus étudié à des fins commerciales au sein de l'institut de virologie de Wuhan dont il se serait échappé¹³⁴. Si la première origine est retenue, c'est la réaction des autorités chinoises une fois alertée de la circulation de ce nouveau virus dans l'une de ses provinces qui peut être source de responsabilité, sur le fondement d'un ensemble de manquements, y compris de négligences. Si la deuxième origine est retenue, s'ajoute une responsabilité fondée cette fois-ci sur l'activité ultra-dangereuse de l'institut de virologie situé sur le territoire chinois. La plainte mélange ainsi responsabilité fondée sur des manquements et fondée sur la réalisation d'un risque lié à une activité ultra-dangereuse¹³⁵. La distinction incertaine entre les deux types de responsabilité apparaît, notamment, lorsque la plainte affirme que les défendeurs ont pris part, en violation de leurs devoirs envers la communauté internationale, à des activités dangereuses qui ont mis en danger la vie et la santé de millions de personnes¹³⁶. De plus, si la plainte invoque principalement des dispositions du droit

¹³¹ La même interrogation était déjà formulée par Philippe CAHIER, « Le problème de la responsabilité pour risque en droit international », préc. p. 427.

¹³² United States District Court for the Eastern District of Missouri, Southeastern Division, *État du Missouri c. République populaire de Chine et al.*, affaire 1:20-cv-00099, réclamation du 21 avril 2020, accessible en ligne : [https://ago.mo.gov/docs/default-source/press-releases/2019/prc-complaint.pdf?sfvrsn=86ae7ab_2].

¹³³ *Ibid.*, §§116-129.

¹³⁴ *Ibid.*, §§51-52.

¹³⁵ Le droit du Missouri reconnaît la responsabilité absolue du fait des activités anormalement dangereuses et la recherche médicale sur les virus relèverait bien de cette catégorie d'activités (*ibid.*, §§150-154). La plainte affirme ainsi que « [r]esearch on contagious viruses is an unusual activity with a high risk of harm, and the harm that can result from that research is great, with an inability to eliminate the risk of harm » (§154).

¹³⁶ *Ibid.*, §6.

américain, elle ajoute des références au droit international. Mélangeant les types de responsabilité et les ordres juridiques, la plainte illustre bien l'idée d'un ensemble de principes transcendant un ordre national particulier et regroupant règles de prévention et règles de responsabilité pour risque ainsi que l'envisageait Jenks. Elle témoigne aussi des limites de la responsabilité pour illicite. En effet, la volonté de tenir un État responsable¹³⁷, en l'espèce la Chine, se heurte à de nombreux obstacles. D'abord, quel illicite pourrait-être reproché à la Chine ? Le manquement à l'article 6§1 du règlement sanitaire international adopté par l'Assemblée de la Santé le 23 mai 2005¹³⁸ peut être envisagé : cet article 6§1 prévoit que tout État partie notifie à l'OMS, dans un délai de 24 heures, « *tout événement survenu sur son territoire pouvant constituer une urgence de santé publique de portée internationale* ». Mais cela suppose d'avoir des preuves de cette notification tardive de la Chine et du lien de causalité entre celle-ci et les dommages considérables causés par la pandémie de la COVID-19 jusqu'à aujourd'hui. À supposer ces preuves réunies, quel juge international pourrait être saisi, constater l'illicite, et mettre en œuvre la responsabilité de la Chine ? Le règlement sanitaire international prévoit, sur le modèle de l'article 36§2 du Statut de la Cour internationale de Justice, que les États parties puissent accepter la juridiction obligatoire d'un tribunal arbitral constitué sous les auspices de la Cour permanente d'arbitrage¹³⁹. La Chine n'a fait aucune de ces deux déclarations facultatives d'acceptation de juridiction obligatoire.

Les États acceptent que leur responsabilité soit engagée sur le fondement d'un fait internationalement illicite y compris constitué par un manquement à des obligations de prévention. Le juge contribue aussi largement à l'attractivité de la responsabilité pour illicite en consacrant un principe général comme celui de l'utilisation non dommageable du territoire, en facilitant la preuve du lien de causalité entre illicite et dommage dans un contexte d'incertitude scientifique, ou encore en admettant qu'un dommage écologique pur soit réparé. Mais il y a des limites à la volonté conventionnelle des États et à l'audace des juges. Il reste bien des situations où la responsabilité pour illicite présentera des lacunes. L'intérêt que peut présenter en droit international l'établissement d'une responsabilité pour risque de l'État est donc toujours d'actualité ; sans doute s'est-elle même accrue avec l'accélération des développements technologiques, le renforcement de l'interdépendance des États, et la réalisation de l'irréversibilité de certains dommages. Jenks soutenait que le juriste devait tracer les contours d'un régime alternatif de responsabilité afin d'offrir une alternative crédible à la responsabilité pour illicite lorsque celle-ci est inenvisageable. La tâche se révèle ardue¹⁴⁰.

B. Les contours incertains du régime alternatif de la responsabilité pour risque

Le schéma général d'une responsabilité internationale pour risque est aisément appréhendable. La violation d'une obligation internationale, déclenchant l'ensemble des obligations constitutives de la responsabilité pour illicite, est sans pertinence. Seule compte la

¹³⁷ Sur cette question, v. EJIL: The Podcast!, « Episode 2 : WHO Lets the bats out ? », 5 mai 2020, accessible en ligne sur le site [<https://www.ejiltalk.org/>].

¹³⁸ Règlement sanitaire international (2005), 2^e édition, Organisation mondiale de la santé, Genève, 2008,

¹³⁹ Article 56§2 du Règlement sanitaire international.

¹⁴⁰ Dans le même sens, V. DUPUY (P.-M.), *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, préc., pp. 204 et s.

réalisation d'un risque ou la matérialisation d'un dommage causé par une activité licite. Ce fait licite mais dommageable déclenche l'application d'une obligation de réparer¹⁴¹. Dit autrement, l'activité ou le comportement à l'origine du risque et, le cas échéant, du dommage n'est pas encadré par une règle internationale ; en revanche, une fois le dommage réalisé, une règle internationale intervient pour assurer sa réparation. La distinction entre norme primaire et norme secondaire montre ici ces limites¹⁴². La « responsabilité » pour risque relève d'une norme primaire¹⁴³. La violation de cette norme primaire est susceptible d'enclencher l'application des normes secondaires constitutives de la responsabilité pour illicite. Les deux types de responsabilité pour risque et pour illicite peuvent alors s'articuler, l'illicite venant au soutien du risque¹⁴⁴. En amont, cela a déjà été souligné, un même fait peut, selon l'évolution des règles applicables ou simplement de leur interprétation, être appréhendé tantôt comme un risque et tantôt comme un illicite. Ainsi, les essais nucléaires ont progressivement été interdits dans tous les espaces à mesure que les conséquences néfastes de ces essais sont apparues¹⁴⁵. Le droit de l'OMC fournit lui un exemple d'une évolution à raison de l'interprétation du droit applicable. Le GATT et l'AGCS prévoient un recours en non-violation lorsqu'un membre de l'OMC estime qu'un avantage résultant pour lui des accords est annulé ou compromis par une mesure qui ne contrevient pas aux dispositions des accords¹⁴⁶. L'intérêt d'un tel recours en non-violation s'est réduit d'autant que les clauses de non-discrimination des accords ont été interprétées par le juge de l'OMC comme interdisant non seulement les « discriminations *de jure* » mais aussi les « discriminations *de facto* »¹⁴⁷. Dit autrement, dès lors qu'une mesure

¹⁴¹ Ainsi la responsabilité pour illicite et la responsabilité pour risque ont en commun d'avoir un « fait » générateur. Pour l'une comme l'autre, il peut être argué que ce « fait » générateur doit être dommageable si l'on considère, dans le cadre de la responsabilité pour illicite, que toute atteinte à l'ordre juridique international est constitutive d'un dommage. En revanche, le « fait » générateur de la responsabilité pour risque n'est jamais de nature juridique, alors que le « fait » générateur de la responsabilité pour illicite peut être un acte de droit.

¹⁴² Sur cette distinction, v. dans cet ouvrage la contribution du professeur Carlo Santulli.

¹⁴³ Roberto Ago identifie alors « *la responsabilité en tant qu'obligation objective et primaire de réparer certaines conséquences d'un fait ou d'une activité parfaitement licite* » (Ann. CDI, 1969 vol. I, p. 112, §7). Quant à Julio Barboza, qui fut à partir de 1985 le deuxième rapporteur à la CDI sur le sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, dans le cadre de la responsabilité pour risque, « *“responsabilité” veut dire non pas “conséquences de la violation d'une obligation”, mais “détermination d'obligations primaires”* » (« La responsabilité "causale" à la Commission du Droit international », préc., p. 520).

¹⁴⁴ L'intérêt serait que la responsabilité pour illicite prévoit des conséquences plus variées et une réparation intégrale par rapport à la responsabilité pour risque.

¹⁴⁵ Les essais dans l'atmosphère et sous-marins ont été interdits par le Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, signé à Moscou le 5 août 1963 (RTNU, vol. 480, 1963, p. 43). Les essais souterrains ont été interdits par le Traité d'interdiction complète des essais nucléaires, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies à New York le 10 septembre 1996 et ouvert à la signature le 24 septembre 1996.

¹⁴⁶ Article XXIII.1(b) du GATT et article XXIII.3 de l'AGCS. Sur ce recours en non-violation, v. NOUVEL (Y.), « Aspects généraux de la conformité du droit interne au droit de l'OMC », *AFDI*, vol. 48, 2002, spéc. pp. 657-674 ; HELLIO (H.), « Les plaintes en situation de non-violation : A la recherche d'une responsabilité internationale », in TOMKIEWICZ (T.) (dir.), *Organisation mondiale du commerce et Responsabilité*, Colloque de Nice des 23 et 24 juin 2011, Paris, Pedone, 2014, pp. 101-132.

¹⁴⁷ V. notamment *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière*, rapport du Groupe spécial du GATT 1947 adopté le 7 novembre 1989, L/6439, §5.11 ; *CE – Bananes III*, rapport de l'Organe d'appel du 9 septembre 1997, DS27, §233 ; *Corée – Diverses mesures affectant la viande de boeuf*, rapport de l'Organe d'appel du 11 décembre 2000, DS161 et DS169, §§135-138 ; *États-Unis – Cigarettes aux clous de girofle*, rapport de l'Organe d'appel du 4 avril 2012, DS406, §169 et §193 ; *États-Unis – Article 211, Loi portant ouverture de crédits*, rapport de l'Organe d'appel du 2 janvier 2002, DS176, §261.

nationale affecte plus les opportunités de concurrence des produits, services ou fournisseurs de service étrangers que celles des produits, services ou fournisseurs de service nationaux similaires, elle peut être sanctionnée dans le cadre d'un recours en violation. Il n'y a donc plus besoin du recours en non-violation. Cela a des conséquences importantes puisque le régime des deux recours n'est pas le même : en particulier, la mesure nationale contraire au droit de l'OMC devra être retirée ou modifiée dans les moindres délais¹⁴⁸ alors qu'une mesure nationale qui ne contrevient pas au droit de l'OMC peut être maintenue et donner lieu à une compensation mutuellement satisfaisante.

La difficulté est alors de détailler le régime de la responsabilité pour risque et de le rendre aussi attractif que celui de la responsabilité pour illicite. Il faut déjà s'assurer de l'opportunité d'un régime proprement international de responsabilité pour risque (1) avant de tenter d'en établir les contours (2).

1. L'intérêt indiscutable d'un régime international

Prenons l'exemple de la responsabilité en cas d'accident nucléaire et des suites de la catastrophe de Fukushima. Pour rappel, le 11 mars 2011 un séisme de magnitude 9 déclenche un tsunami qui, en atteignant la côte est de l'île d'Honshū, inonde la centrale nucléaire de Fukushima, mettant à l'arrêt ses six réacteurs et neutralisant ses systèmes de refroidissement de secours. Quatre jours après, l'accumulation d'hydrogène cause l'explosion de plusieurs réacteurs de la centrale entraînant des rejets radioactifs dans les environs. Encore aujourd'hui, la zone reste inhabitable. Cette catastrophe fut classée au niveau le plus élevé sur l'échelle internationale des événements nucléaires, au même niveau que celle de Tchernobyl. Elle n'est que partiellement pertinente puisque les dommages ont pour l'essentiel été causés sur le territoire nippon par une activité à risque elle aussi localisée sur le territoire nippon. Sa dimension transfrontière est donc très réduite. Cependant, depuis 1961, le Japon dispose d'une loi relative à la compensation en cas de dommage nucléaire qui met en œuvre une responsabilité pour risque conforme au régime établi par la convention de Vienne¹⁴⁹. En vertu de cette loi, en cas de catastrophe nucléaire, la responsabilité pèse exclusivement sur l'opérateur de la centrale, en l'espèce, il s'agissait de l'entreprise japonaise TEPCO. La loi prévoit bien une responsabilité pour risque puisque les victimes réclamant réparation n'ont pas à démontrer une faute ou une négligence de l'opérateur, mais seulement un dommage et un lien de causalité entre ce dommage et la catastrophe nucléaire. Ces victimes disposent d'un délai de 10 ans pour agir. La loi ne prévoit pas de plafond à la réparation due par l'opérateur. En revanche, elle prévoit que le gouvernement japonais accordera à l'opérateur autant de soutien financier que nécessaire pour assurer la réparation. Au 15 février 2019, TEPCO avait versé la somme de 8.721 trillions de yens à des milliers de personnes physiques et morales pour les dommages causés par la catastrophe. De la part du gouvernement japonais, qui en est devenu l'actionnaire majoritaire, l'entreprise a reçu un soutien financier de plus de 8.188 trillions de yens¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Articles 19.1 et 21.1 du Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends.

¹⁴⁹ Le Japon n'est pas partie à la convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires.

¹⁵⁰ Tous ces éléments factuels sont tirés de United States Court of Appeals for the First Circuit, *Shinya Imamura et al. c. General Electric Company*, affaire no. 19-1457, arrêt du 24 avril 2020.

Mais la catastrophe de Fukushima a donné lieu à des actions en justice ailleurs qu'au Japon, en particulier devant le juge américain. Dans une première affaire, des individus et entreprises de la préfecture de Fukushima ont saisi le juge américain contre l'entreprise américaine General Electrics (GE) qu'ils estiment au moins partiellement responsable de la catastrophe. La responsabilité qu'ils invoquent ici est une responsabilité pour négligence. En effet, GE a conçu les réacteurs nucléaires, fabriqués certains d'entre eux, élaboré les plans de la centrale de Fukushima, et en a assuré la maintenance depuis sa construction à la fin des années 1960. Si les plaignants saisissent le juge américain, c'est parce ce qu'ils estiment ne pas avoir de recours contre GE au Japon puisque la loi fait peser l'entière responsabilité de la catastrophe sur l'exploitant TEPCO. Les juridictions américaines ont considéré, en appliquant la doctrine du *forum non conveniens*, que ces requérants disposaient bien, au Japon, d'un forum pour obtenir la réparation des dommages subis, et que les juridictions américaines seraient elles aussi conduites à faire application de la loi japonaise excluant toute autre responsabilité que celle de TEPCO¹⁵¹. Dans une seconde affaire, les plaignants étaient des résidents californiens ayant participé en tant que membres des forces armées américaines à l'opération de secours déployées après le tsunami. Ils affirmaient avoir été exposés à des radiations à cette occasion. Pour leur part, ils assignent TEPCO et GE en responsabilité à la fois pour négligence, pour produits défectueux et pour activité ultra dangereuse sur le fondement de la loi américaine¹⁵². Après avoir constaté que la loi japonaise comme la loi américaine avaient vocation à s'appliquer, et qu'elles n'aboutissaient pas au même résultat, les juridictions américaines ont là encore considéré que c'est bien la loi japonaise qui devait être appliquée et partant que toute responsabilité autre que celle de TEPCO en vertu de la loi de compensation japonaise était exclue. En effet, l'intérêt du Japon à voir sa loi de compensation appliquée était plus important que l'intérêt de la Californie à voir ses règles générales en matière de négligence du fabricant appliquées : la loi de compensation est centrale pour assurer que des entreprises continuent de participer à l'industrie nucléaire au Japon. Dans ces deux affaires, les juridictions américaines sont donc parvenues à la conclusion que la responsabilité pour risque mise en œuvre par la loi japonaise était appropriée, qu'elle fournissait une réparation adéquate aux victimes de la catastrophe, et que le Japon avait un intérêt réel et légitime à l'application uniforme de sa loi de compensation.

Le traitement de la catastrophe de Fukushima fut relativement facile puisque pour l'essentiel les dommages n'avaient pas de dimension transnationale, et l'Etat en cause disposait à la fois de l'arsenal législatif et des moyens financiers pour y faire face. Le risque que le Japon soit réticent à compenser certaines victimes était réduit. Les juridictions étrangères ont donc accepté sans difficulté l'intérêt du Japon de fournir une réparation uniforme à toutes les victimes et d'éviter une fragmentation de la réparation¹⁵³. On perçoit que dans d'autres circonstances, une catastrophe d'ampleur similaire ayant une véritable dimension transnationale et impliquant un État moins préparé ou un risque moins connu n'aurait pas donné lieu à une réparation aussi uniforme et à une coopération aussi facile entre juridictions nationales d'États différents. Les

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Cooper et al. c. TEPCO*, affaire no. 19-55295, opinion du juge Bybee, 2020.

¹⁵³ *Ibid.* p. 38 : « *Japan pointed out that if injured parties could bring their claims anywhere in the world, foreign courts might apply different legal standards, resulting in different outcomes for similarly situated victims* ».

limites d'une responsabilité civile de droit interne apparaissent alors. L'étendue de la responsabilité comme sa mise en œuvre dépendent de l'État sur le territoire duquel l'activité à risque est implantée. Même s'il y a une convention internationale, la loi nationale conserve une marge d'appréciation considérable¹⁵⁴. En l'absence de convention internationale, les victimes de dommages seront entièrement laissées à la merci des règles nationales généralement applicables en matière de responsabilité. La preuve qu'il faut rapporter, notamment la solidité du lien de causalité, le type de dommages dont la réparation peut être obtenue, les délais de recours, dépendront tous de la loi nationale. Une personne étrangère qui cherche à obtenir réparation risque de se trouver en situation de vulnérabilité face à l'exploitant et au juge d'un autre État¹⁵⁵. À supposer qu'elle décide d'agir devant les tribunaux de son propre État, si l'exploitant s'avère être l'État lui-même, des immunités pourront être invoquées. Il en résultera une fragmentation voire une insuffisance de la réparation en fonction des ordres juridiques nationaux. De plus, la mise en jeu de la responsabilité civile d'un exploitant, fût-il l'État lui-même, ne correspond pas à la nature à la fois transnationale et catastrophique des dommages en cause¹⁵⁶. Cela n'a pas empêché, depuis le cours de Jenks, le développement remarquable des conventions internationales consacrant la responsabilité civile de l'exploitant d'une activité polluante, sans preuve de faute ou d'illicite, pour tout dommage à l'environnement¹⁵⁷. Toutefois, ces conventions, qui s'inscrivent toujours dans l'optique d'une responsabilité mise en œuvre au niveau national, ne sont pas toutes en vigueur ou lient un nombre d'États limités¹⁵⁸.

Dans ce contexte, une responsabilité établie et mise en œuvre au niveau international peut permettre une réunion plus facile des éléments de preuve, une centralisation de la responsabilité dans la personne de l'État, une réparation uniforme, y compris lorsque le même risque se retrouve dans de nombreux États différents¹⁵⁹, et potentiellement plus élevée pour les victimes de dommages transfrontières. Un régime proprement international doit permettre une réparation de ces dommages sans tension politique due aux actions décentralisées des autorités nationales et sans priver les activités à risque de toute attractivité. Un tel régime apparaîtrait comme la contrepartie à la souveraineté de l'État dont découle la liberté de mener un certain nombre d'activités à risque sur son territoire.

¹⁵⁴ V. *supra* I.B.

¹⁵⁵ Dans le même sens, v. GOLDIE (L.F.E.), « Liability for Damage and the Progressive Development of International Law », préc., p. 1251.

¹⁵⁶ C'était déjà la position de Jenks. V. aussi KELSON (J. M.), « State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity », préc., p. 238 : « *if the damage caused by an abnormally dangerous activity truly assumes catastrophic proportions, the State itself might be the only entity capable of rendering complete compensation for the injury suffered.* »

¹⁵⁷ V. la liste de ces conventions citée par KERBRAT (Y.), « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement : rapport général », préc., spéc. pp. 127-128.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 130. Un autre auteur relève que « *lorsque le droit international a voulu effectivement créer un système juridique ou juridictionnel de droit international privé très organisé [...] il a souvent abouti à limiter de façon trop étroite la responsabilité des entreprises privées [...] les victimes ont cherché à y échapper pour des raisons liées simplement au fait qu'il n'apportait pas, par manque de réalisme, une réponse adéquate au regard de l'ampleur des dommages subis* » (HUGLO (C.), « L'influence du droit international sur le développement de la responsabilité civile des personnes privées pour les dommages environnementaux », in SFDI, Colloque d'Aix-en-Provence, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, préc., spéc. p. 172).

¹⁵⁹ GOLDIE (L.F.E.), « Liability for Damage and the Progressive Development of International Law », préc., p. 1261.

Un régime coutumier aurait l'avantage d'une portée générale, adaptable à une multitude d'activités à risque, mais les conditions d'émergence d'un tel régime n'ont jamais été réunies. La pratique reste éparse et ne traduit pas un sentiment d'obligation générale ainsi des rares conventions examinées par Jenks ou des réparations acceptées à titre gracieux par certains États. D'ailleurs, malgré les efforts de la Commission du droit international, pendant plus de 20 ans, en vue de codifier la responsabilité de l'État à raison des dommages causés par certaines activités non interdites par le droit international, elle n'y est pas parvenue. Les éléments nécessaires à une telle codification faisant défaut, la CDI dut s'orienter vers le développement progressif du droit¹⁶⁰. Mais là encore, le résultat est modeste : outre les articles de 2001 relatifs à la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses¹⁶¹, la CDI a adopté en 2006 des *Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses*¹⁶². En préambule, la Commission observe que « la responsabilité des États est engagée **en cas de violation de leurs obligations de prévention en vertu du droit international** ». Il est donc toujours question de responsabilité pour illicite¹⁶³. Et si l'objectif de ces principes est d'assurer une indemnisation prompte et adéquate aux victimes de dommages transfrontières causés par des activités dangereuses non illicites, sans nécessité de prouver de faute, c'est d'abord sur la personne de l'exploitant d'une activité dangereuse et en vertu du droit national qu'une telle indemnisation doit peser (article 4). On ne peut donc pas conclure, plus d'un demi-siècle après le cours de Jenks, à l'existence d'une règle coutumière ou d'un principe général consacrant une responsabilité internationale de l'État pour risque.

Seuls des régimes conventionnels peuvent donc être envisagés, ce qui suppose un accord de volontés entre États. Or, selon leur niveau de développement technologique et leur situation géographique, tous les États ne se trouvent pas dans une situation similaire au regard à la fois des activités à risque établies sur leur territoire ou menées par leurs nationaux, et de leur vulnérabilité aux dommages transfrontières potentiellement causés par de telles activités. Un tel accord de volontés est donc difficile à trouver, ce qui explique que la convention du 29 mars 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux reste à ce jour isolée. De plus, imaginer de tels régimes conventionnels supposent de régler de nombreuses difficultés, en tenant compte des caractéristiques particulières de l'ordre juridique international, plutôt qu'en s'inspirant trop directement des législations nationales existantes en matière d'activités dangereuses, au risque de ne toujours pas s'inscrire dans le cadre d'une responsabilité **internationale** de l'État.

2. La difficulté considérable d'établir un régime international

Pour que la responsabilité pour risque constitue une alternative crédible à la responsabilité pour illicite dans l'ordre international, il faut d'abord délimiter les risques et les dommages qui

¹⁶⁰ BARBOZA (J.), « La responsabilité "causale" à la Commission du Droit international », préc., p. 515. Dans le même sens, KERBRAT (Y.), « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement : rapport général », préc., spéc. p. 125 et HAFNER (G.) et BUFFARD (I.), « Les travaux de la commission du droit international : de la responsabilité à la prévention des dommages », préc., spéc. p. 162.

¹⁶¹ V. *supra* II.A.2.

¹⁶² CDI, *Projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses*, 2006, Ann. CDI 2006, vol. II(2), spéc. pp. 59-60, soulignés ajoutés.

¹⁶³ V. aussi . BESSON (S.), « La Due Diligence en Droit international », préc., spéc. pp. 287-288.

vont la déclencher. Ensuite, la responsabilité pour risque est confrontée à deux difficultés, communes à tout régime de responsabilité, quel qu'en soit le fondement, celle de l'imputation du fait générateur à un sujet de droit et celle de la causalité entre le fait générateur et le dommage subi. Il y a là deux difficultés qui étaient opposées à la responsabilité pour illicite par Scelle et par Jenks, mais auxquelles la responsabilité pour risque n'apporte pas nécessairement des réponses plus adaptées. Enfin, dans le cadre d'un régime international de responsabilité pour risque, les questions de l'étendue de la réparation et de la procédure permettant de l'obtenir doivent être réglées.

Premièrement, il faut déterminer quelles activités licites à risque¹⁶⁴ et quels dommages déclencheront le régime de la responsabilité pour risque. Ici, la principale difficulté pour les États est d'admettre que le développement technologique peut avoir des conséquences dommageables¹⁶⁵. La notion d'activités à risque peut être entendue très largement et comprendre toute activité licite susceptible de causer un dommage transfrontière. C'était le cas chez Scelle. Une telle approche correspond d'ailleurs plutôt à la responsabilité du fait des choses développée en droit français sur le fondement de l'ancien article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil à la suite de la révolution industrielle. Mais la notion d'activités à risque peut être comprise de manière plus restreinte, comme englobant seulement des activités ultra-dangereuses. C'était le cas chez Jenks, la notion d'activités ultra-dangereuses étant largement inspirée des droits anglo-saxons¹⁶⁶. En pure opportunité, la défense d'une responsabilité internationale de l'État pour risque a plus de chance d'être accueillie si elle se limite aux activités ultra-dangereuses causant des dommages exceptionnels face auxquels les développements actuels de la responsabilité internationale de l'État pour illicite et de la responsabilité nationale de l'exploitant n'apportent pas de réponse suffisante. Autrement dit, en droit international, la responsabilité pour risque doit rester subsidiaire par rapport à la responsabilité pour illicite et n'a pas vocation à intervenir dès lors qu'une activité licite cause un dommage transfrontière.

Plusieurs auteurs ont proposé de ne pas s'arrêter à la qualification de l'activité, mais plutôt à celle du dommage¹⁶⁷. En effet, il est difficile de distinguer la qualification d'une activité, en tant qu'activité ultra-dangereuse, de la qualification du dommage transfrontière susceptible d'être causé par cette activité, en tant que dommage exceptionnel. Dit autrement, seule une activité ultra-dangereuse peut causer un dommage transfrontière exceptionnel. En se contentant de qualifier le dommage, y compris une fois que celui-ci est intervenu, on évite certaines

¹⁶⁴ La même difficulté s'est présentée à la CDI lorsqu'il a fallu délimiter le champ d'application des obligations de prévention énoncées dans son *Projet d'articles relatifs à la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses* de 2001. Au final, le *Projet* s'applique aux activités « qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques » (article 1^{er}), certaines activités comportant un risque « fort probable » de causer un dommage transfrontière « significatif » et d'autres comportant un risque « peu probable » de causer un dommage transfrontière « catastrophique » (article 2).

¹⁶⁵ CAUBET (C.G.), « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », préc., spéc. p. 102.

¹⁶⁶ V. en sens le *American Restatement (Second) of Torts*, §520, qui liste les critères à prendre en compte pour identifier une activité comme ultra-dangereuse. V. aussi CAHIER (P.), « Le problème de la responsabilité pour risque en droit international », préc., spéc. pp. 424-425.

¹⁶⁷ CAHIER (P.), « Le problème de la responsabilité pour risque en droit international », préc., spéc. p. 431 ; CAUBET (C.G.), « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », préc., spéc. p. 106.

incertitudes entourant la définition de l'activité ultra-dangereuse¹⁶⁸. Par ailleurs, en se limitant au dommage exceptionnel, on rend difficilement contestable la qualification, y compris par l'Etat auquel ce dommage exceptionnel va être imputé. Il reste que, selon les États et leur niveau de développement, la nature et l'intensité de ce qui constitue un dommage exceptionnel peuvent varier. En particulier, des États peuvent soutenir que les conséquences socio-économiques ou monétaires peuvent être aussi importantes que les conséquences physiques ou environnementales d'une activité¹⁶⁹. Le dommage exceptionnel l'est en raison à la fois de son ampleur et de sa rareté¹⁷⁰. Il est profondément imprévisible. Sera donc exclu du champ de la responsabilité pour risque un ensemble d'activités susceptibles de causer des dommages transfrontières significatifs, mais non exceptionnels¹⁷¹. De telles activités comportent un risque fort probable et connu à l'avance de dommage transfrontière. C'est typiquement le cas des activités polluantes : elles se prêtent bien aux obligations de prévention, à la responsabilité pour illicite de l'État et à la responsabilité civile nationale de l'exploitant. Inversement, les activités ultra-dangereuses impliquent des dommages transfrontières très difficiles à anticiper, mais qui, dans les rares cas où ils se réalisent, ne peuvent être laissés sans réparation afin de garantir la pacification des relations internationales. De telles activités se prêtent mal aux obligations de prévention, qui supposent une connaissance du danger de la part des États. La responsabilité pour risque semble donc tout indiquée.

Deuxièmement, il faut établir des règles d'imputation de l'activité licite à risque à un sujet de droit international. L'imputation est une opération *a posteriori* qui permet d'établir un lien entre un fait, ici non illicite, et un sujet de droit, qui est alors considéré être l'auteur de ce fait¹⁷². L'imputation dépend exclusivement de règles juridiques, qu'il s'agisse de règles coutumières ou de règles spéciales. Dans le cadre de la responsabilité internationale pour risque, les auteurs envisagent tous l'imputation à l'Etat, dont la surface financière justifierait que soit mis à sa charge l'obligation de réparer. À un niveau supérieur, la justification de l'imputation du risque à l'Etat est double : d'une part, c'est l'État qui exerce son contrôle sur les espaces ou les personnes à l'origine des activités à risque ; d'autre part, c'est l'État qui en tire profit fiscalement et socialement. On ajoutera qu'en l'état actuel du développement du droit international, il reste difficile d'envisager une responsabilité internationale, quel qu'en soit le fait générateur, qui ne soit pas celle de l'État¹⁷³.

¹⁶⁸ CAUBET (C.G.), « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », préc., spéc. pp. 104-106 ; DUPUY (P.-M.), *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, préc., spéc. pp. 206-209. La qualification d'une activité comme ultra-dangereuse est susceptible d'évoluer dans le temps et dans l'espace avec le développement des technologies et des connaissances scientifiques.

¹⁶⁹ En ce sens, on relèvera que les projets de 2001 et de 2006 de la CDI s'appliquent exclusivement aux « conséquences physiques » des activités à risque, ce qui incluent les conséquences environnementales, mais excluent les conséquences socio-économiques ou monétaires (v. *Ann. CDI* 2006, vol. II(2), spéc. p. 65, §12).

¹⁷⁰ V. DUPUY (P.-M.), *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, préc., spéc. pp. 219-220.

¹⁷¹ Les projets de 2001 et de 2006 de la CDI s'appliquent aux activités présentant un risque de dommage transfrontière « significatif », ce qui comprend mais ne se limite pas aux activités présentant un risque de dommage transfrontière « catastrophique ». v. aussi BARBOZA (J.), « La responsabilité "causale" à la Commission du Droit international », préc., p. 513-514.

¹⁷² COMBACAU (J.), *Droit international public*, préc., pp. 542-543.

¹⁷³ Nous mettons ici à part le cas de la responsabilité internationale pénale.

Les travaux de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait illicite ont abouti à un ensemble de règles d'imputation dont la principale limite, déjà évoquée, est l'imputation à l'État des conduites privées. À moins que l'Etat n'ait ordonné ou exercé son contrôle sur les conduites des particuliers, ces dernières ne seront pas considérées comme celles de l'État¹⁷⁴. Or, une part non négligeable des activités ultra-dangereuses sont aujourd'hui menées par des personnes privées dans un but strictement commercial¹⁷⁵. Malgré cela, des auteurs ont proposé de transposer les règles d'imputation applicables à la responsabilité pour illicite à la responsabilité pour risque¹⁷⁶. D'après nous, c'est nier la *ratio* fondamentalement différente des deux responsabilités et de l'imputation dans chacun de ces régimes. Dans le cadre de la responsabilité pour illicite, il s'agit d'établir un lien entre la conduite contraire à une obligation internationale et le sujet débiteur de cette obligation internationale. La personnalité internationale de l'État permet la centralisation dans son chef des obligations comme des violations. Dans le cadre de la responsabilité pour risque, il ne s'agit plus de sanctionner, au sens large, la violation du droit international et ainsi d'assurer le respect du droit international. Il s'agit au contraire de ne pas laisser sans réparation un dommage causé à des espaces et personnes tierces dans une perspective de solidarité ou de justice internationale.

S'il s'agit d'imputer l'activité à risque à l'État, sujet de droit international, en vue de faciliter l'engagement de la responsabilité et la réparation des dommages exceptionnels, on peut défendre une approche large : dès lors que l'activité à risque est située dans la sphère de compétence de l'État, à raison de son territoire ou à raison de ses nationaux, elle lui est imputable¹⁷⁷. L'État serait alors tenu de réparer le dommage causé par cette activité. Il n'y aurait aucune dimension subjective tenant à la connaissance par l'État du risque ou à l'adaptation de sa réglementation nationale. Il faut préciser que l'imputation à raison de la nationalité jouerait à titre subsidiaire lorsque l'imputation à raison du territoire ne pourrait intervenir, c'est-à-dire lorsque l'activité à risque est menée dans un espace international. En effet, identifier la nationalité d'une entité qui mène une activité ultra-dangereuse semble plus complexe que d'identifier le territoire sur lequel l'entité mène cette activité. L'objectif d'une telle règle d'imputation est de centraliser la responsabilité internationale et la réparation dans la personne de l'État. Mais elle doit rester sans préjudice des actions ultérieures de l'État, en vertu de son droit national, à l'encontre des entités privées à l'origine de l'activité ultra-dangereuse et du dommage.

¹⁷⁴ V. la règle générale d'imputation prévue à l'article 8 rédigé par la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il faut bien sûr mettre à part le cas évoqué *supra* dans lequel le manque de vigilance des organes ou entités habilités à exercer des prérogatives de puissance publique par l'Etat est directement imputé à l'État. Dans le même sens, v. KERBRAT (Y.), « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement : rapport général », préc., p. 132.

¹⁷⁵ Dit autrement, ces sociétés privées ne sont pas habilitées par l'Etat à exercer des prérogatives de puissance publique lorsqu'elles mènent ces activités ultra-dangereuses : la règle générale d'imputation énoncée à l'article 5 rédigé par la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite n'est donc pas applicable.

¹⁷⁶ CAHIER (P.), « Le problème de la responsabilité pour risque en droit international », préc., spéc. p. 431 ; DUPUY (P.-M.), *La responsabilité internationale des États pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, préc., spéc. p. 234.

¹⁷⁷ La CDI dans ses articles de 2001 et de 2006 a retenu une formule un peu différente : est visé « l'État sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exerce l'activité dangereuse » (article 2 (d)). Elle a toutefois elle aussi insisté sur « l'importance du lien territorial, lorsqu'un tel lien existe, entre les activités visées par les présents articles et un État » (Ann. CDI 2001, vol. II, 2^e partie, spéc. pp. 161-162).

Troisièmement, il faut parvenir à l'établissement d'un lien de causalité entre l'activité à risque imputée à l'État et le dommage transfrontière. La causalité est une opération qui s'effectue *a posteriori*, une fois que le dommage est intervenu, et qui permet d'affirmer que ce dommage est l'effet de l'activité à risque imputée à l'État¹⁷⁸. L'établissement d'un lien de causalité est le plus souvent une question de pur fait¹⁷⁹. En ce sens, la causalité est « *imprégnée de subjectivité* » : l'enchaînement causal entre deux faits est loin de s'imposer toujours avec certitude¹⁸⁰. Cela est d'autant plus vrai en présence d'une activité ultra-dangereuse, aux risques mal connus, et d'un dommage exceptionnel susceptible d'avoir une pluralité de causes¹⁸¹. L'établissement d'un lien de causalité entre les deux appelle des connaissances scientifiques et techniques qui ne sont pas forcément accessibles aux victimes du dommage, y compris s'il s'agit d'autres États¹⁸². En ce sens, un auteur a défendu l'établissement d'un système de surveillance mondial des activités ultra-dangereuses qui serait capable d'identifier et d'évaluer les origines des dommages¹⁸³. Un tel système de surveillance pourrait être confié à un organe composé d'experts au sein d'une organisation internationale dont la spécialité est en lien avec l'activité ultra-dangereuse. On sait toutefois que la création et la reconnaissance de pouvoirs d'investigation à un tel organe dépendent de la volonté des États membres de l'organisation. De plus, sans coopération de l'État sur le territoire duquel l'activité se déroule, les experts ne pourront pas parvenir à un résultat satisfaisant. Comme en matière de responsabilité pour illicite, il pourrait revenir à un juge, en s'appuyant sur le travail des experts, d'apprécier l'existence ou non d'un lien de causalité suffisant entre l'activité à risque imputée à un État et le dommage dont la réparation est demandée. Ce juge pourrait admettre des présomptions. Au-delà se pose la question des éventuelles causes exonératoires de la responsabilité pour risque qui viendraient rompre le lien de causalité entre l'activité à risque imputée à l'État et le dommage. Il est clair que l'État auquel l'activité à risque est imputée ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'il a été diligent. On pourrait toutefois admettre la faute de la victime, celle-ci ne méritant pas que son dommage soit réparé lorsqu'elle y a contribué en tout ou partie, ou encore la force majeure, à la condition improbable que l'événement extérieur,

¹⁷⁸ Sur la notion de lien de causalité, v. COMBACAU (J.), *Droit international public*, préc., pp. 531-532. La professeure Stern définit la causalité comme l'admission d'un enchaînement entre deux faits successifs (BOLLECKER-STERN (B.), *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, Paris, Pedone, 1973, spéc. p. 189). V. aussi « Causalité », in SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, préc., p. 154 : « *Rapport entre une cause et un effet* ».

¹⁷⁹ Même s'il arrive qu'une causalité normative s'ajoute ou se substitue à une causalité naturelle : COMBACAU (J.), *Droit international public*, préc., p. 532.

¹⁸⁰ En ce sens, BOLLECKER-STERN (B.), *Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale*, préc., spéc. p. 189.

¹⁸¹ CAUBET (C.G.), « Le droit international en quête d'une responsabilité pour les dommages résultant d'activités qu'il n'interdit pas », préc., p. 119.

¹⁸² La plainte du Missouri à l'encontre de la Chine pour obtenir réparation des dommages causés par la COVID-19 souligne cette difficulté d'établissement du lien de causalité entre une activité dangereuse située sur le territoire d'un État et des dommages subis sur le territoire d'autres États : la plainte évoque une enquête de grande ampleur conduite par les autorités américaines afin de déterminer si le virus responsable de la pandémie s'est « échappé » de l'institut de virologie de Wuhan (United States District Court for the Eastern District of Missouri, Southeastern Division, *État du Missouri c. République populaire de Chine et al.*, réclamation du 21 avril 2020, préc., §30). Sauf qu'une telle enquête peut difficilement être conduite par les autorités nationales d'un État à propos d'une activité qui serait intervenue sur le territoire d'un autre État souverain. Quant à la solidité du lien de causalité, la plainte affirme que l'une des origines probables (« *one likely source* ») du virus est sa diffusion depuis l'Institut de virologie de Wuhan, ce qui n'apparaît pas particulièrement exigeant (*ibid.*, §30).

¹⁸³ KELSON (J. M.), « State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity », préc., p. 239.

imprévisible et irrésistible ait à lui seul causé le dommage sans contribution de l'activité à risque¹⁸⁴.

Quatrièmement, il faut régler la question de l'étendue de l'obligation de réparer. Dans la célèbre affaire de *l'Usine de Chorzów*, la Cour permanente a affirmé « [l]e principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite [...] est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite »¹⁸⁵. Le lien entre réparation intégrale et manquement au droit existe-t-il aussi entre réparation intégrale et réalisation d'un risque exceptionnel ? La plupart des conventions examinées par Jenks établissent une limite au montant total garanti par la responsabilité civile de l'exploitant. Une telle limite n'est pas seulement liée à l'acceptabilité de la responsabilité pour risque : elle assure que les activités à risque restent accessibles et assurables. Il ne devrait pas en être autrement de la responsabilité pour risque de l'État en droit international. Admettre un plafond à l'obligation de réparer mise à la charge de l'Etat permet le maintien d'activités qui restent licites au regard du droit international. Un tel plafond ne pourra être fixé qu'au cas par cas¹⁸⁶, et dès lors, pourrait encourager les États concernés par l'activité à risque et les dommages à entrer en négociation. Quant aux autres conséquences de la responsabilité pour risque, elles sont difficiles à envisager. Dès lors que l'activité n'est pas en elle-même illicite, et que le risque zéro n'existe pas, des demandes de cessation de l'activité ou d'assurances ou garanties de non-répétition n'ont pas grand sens. En revanche, la réalisation d'un dommage exceptionnel peut permettre de mieux connaître les risques de l'activité et conduire au développement d'obligations de prévention.

Cinquièmement, il reste encore à arrêter les procédures de mise en oeuvre de la responsabilité pour risque. Si la perspective est de maintenir ces procédures au sein du droit international, tous les régimes conventionnels qui imposent à l'État de mettre en place, dans son ordre interne, des voies de recours à l'encontre des exploitants d'activités dangereuses doivent être écartés. Seule la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux met en place une procédure internationale inspirée de la protection diplomatique, dont elle aménage les conditions de recevabilité afin de faciliter la réparation : en cas de défaillance de l'État de nationalité des victimes, l'État sur le territoire duquel le dommage a été subi peut agir ; en cas de défaillance de cet État, c'est l'État de résidence permanente des victimes qui peut agir ; et il n'y a pas d'exigence d'épuisement des voies de recours internes de l'État de lancement¹⁸⁷. Une telle procédure met face à l'État responsable le ou les États ayant subi des dommages directement ou indirectement dans le chef de leurs nationaux ou résidents. Cela implique que le ou les États obtenant réparation sont libres de la répartir. Un mécanisme mixte pourrait aussi être envisagé : si la réparation demandée reste

¹⁸⁴ Dans la convention la convention du 29 mars 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux la seule cause exonératoire prévue pour la responsabilité de l'État de lancement pour les dommages causés par son objet spatial à la surface de la Terre ou aux aéronefs en vol est la faute lourde ou l'acte ou l'omission commis dans l'intention de provoquer un dommage de la victime (article VI.1).

¹⁸⁵ CPJI, *Affaire relative à l'Usine de Chorzów*, arrêt du 13 septembre 1928, fond, Rec. Série A n°17, spéc. p. 47.

¹⁸⁶ KELSON (J. M.), « State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity », préc., p. 233.

¹⁸⁷ Articles VIII à X de la Convention. Cette convention a été appliquée une fois à la suite du dommage causé par la chute d'un satellite soviétique à propulsion nucléaire, « Cosmos 1954 », qui contamina toute une région du nord du Canada en janvier 1978 (DUPUY (P.-M.) et KERBRAT (Y.), *Droit international public*, 11^e éd., 2012, Paris, Dalloz, spéc. §472). Par un accord conclu le 2 avril 1981, l'URSS accepta de verser 3 millions de dollars canadiens au Canada (CARREAU (D.) et MARRELLA (F.), *Droit international*, préc., spéc. p. 492).

inférieure à un certain montant, seul l'Etat aurait intérêt à agir, mais si la réparation demandée dépasse un certain montant, alors la personne physique ou morale ayant subi un dommage pourrait agir directement. Le recours à une juridiction internationale assurerait la transparence et le fondement juridique de la réparation, mais on sait qu'il n'est possible qu'avec le consentement des États, en particulier celui dont la responsabilité pour risque est invoquée.

Ces quelques éléments montrent que l'établissement d'un régime international de responsabilité pour risque de l'Etat se heurte à de nombreuses difficultés, dont certaines sont communes avec la responsabilité pour illicite, et toutes tiennent à la volonté des États. Ces derniers ont clairement fait le choix de développer la responsabilité pour illicite, mais dans des circonstances exceptionnelles, et la pandémie de la Covid-19 en témoigne, celle-ci n'est pas toujours adaptée.