



HAL
open science

Les obligations de diligence dans la pratique : la protection de l'environnement

Sandrine Maljean-Dubois

► To cite this version:

Sandrine Maljean-Dubois. Les obligations de diligence dans la pratique : la protection de l'environnement. Le standard de diligence et la responsabilité internationale, Journée SFDI du Mans, 24 février 2017 - Pedone 2018, 2018. <halshs-02109675>

HAL Id: halshs-02109675

<https://shs.hal.science/halshs-02109675v1>

Submitted on 25 Apr 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

***Les obligations de diligence dans la pratique :
la protection de l'environnement***

Sandrine Maljean-Dubois
Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour,
CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France

Dans le champ de l'environnement, les obligations de diligence sont relativement anciennes, mais avaient été un peu oubliées. Elles sont montées ces dernières années en puissance, avec le développement des obligations positives et grâce à la jurisprudence. Elles viennent aujourd'hui former le socle du droit international de l'environnement, un socle d'autant plus précieux qu'il est de nature coutumière et donc obligatoire pour tous et en tout temps, même en l'absence de règles conventionnelles plus précises. C'est un socle sur lequel doivent être bâties les réglementations nationales, ou tout au moins un socle dont elles doivent impérativement tenir compte. La *due diligence* est au cœur de l'obligation de prévenir les dommages à l'environnement, qui est elle-même au cœur du droit international de l'environnement, un corps de règle fondé en toute logique davantage sur la prévention que sur la réparation. La diligence semble être devenue une obligation « chapeau » en droit international de l'environnement.

Avec beaucoup de pratique et une jurisprudence instructive, le droit international de l'environnement est ainsi un bon laboratoire pour étudier les obligations de diligence *in concreto*. Favorisant une conception extensive de la responsabilité de l'État, les obligations de diligence s'avèrent utiles à l'affermissement du droit international de l'environnement (I). Leur portée est clairement établie (II), mais leur contenu demande encore à être clarifié (III).

I. L'intérêt des obligations de diligence dans le champ de l'environnement

Bien qu'elles représentent un certain affaïssement, en tant qu'obligations de comportement et plus de résultat, les obligations de *due diligence* favorisent un renforcement du droit international de l'environnement. Elles permettent au droit international de mieux appréhender les opérateurs privés (1), tout en facilitant la mise en cause de la responsabilité de l'État (2).

1) Une meilleure appréhension des opérateurs privés

S'agissant de prévenir les dommages à l'environnement, le droit international public rencontre une difficulté. Les dommages sont généralement causés par des opérateurs privés. Alors que le droit international s'adresse principalement et essentiellement aux États. En pratique, le droit international de l'environnement doit parvenir à toucher ces opérateurs pour être effectif. Pourtant, il ne les saisit qu'imparfaitement : si l'entreprise figure bien parmi les destinataires finaux de la règle internationale, son appréhension par le droit international n'est généralement qu'indirecte, requérant la médiation du droit interne. On le sait, c'est même un lieu commun, dans une société internationale composée d'États, l'entreprise n'est qu'un acteur second et « non prescripteur ». Tierce aux relations interétatiques, elle est pourtant très

présente ; elle évolue « *en toile de fond des rapports entre États, la toile étant faite d'un tissu de relations économiques nouées à travers les frontières* »¹.

Les obligations de diligence permettent de faire peser –même si c'est indirectement– des obligations lourdes sur les opérateurs privés. Cela apparaît clairement dès 1941 dans le *locus classicus* du droit international de l'environnement : l'affaire de la *Fonderie du Trail*. Était en cause alors la pollution causée par une entreprise privée canadienne située près de la frontière avec les États-Unis. La pollution était transfrontière. Un tribunal arbitral fut constitué qui a considéré que « *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 evidence* »². Était ainsi posé dès 1941 le principe *no harm*, obligation directe de l'État qui vient par ricochet appréhender les entreprises et plus généralement les opérateurs privés. C'est tout l'intérêt de l'obligation de *due diligence*, qui permet au droit international public de toucher les opérateurs privés à travers l'écran étatique.

Dans son avis de 2011, la Chambre sur les fonds marins du Tribunal international du droit de la mer a explicité de manière très détaillée la mécanique de cette obligation de diligence et ses implications (directes) pour les États et (indirectes, mais réelles) pour les entreprises et personnes privées³. C'est un mécanisme à deux coups, ou « par ricochet », qui « *consiste à imposer aux États Parties des obligations que ceux-ci doivent remplir en exerçant les pouvoirs dont ils disposent sur les entités qui ont leur nationalité ou qui sont soumises à leur contrôle* »⁴. Pour la Chambre, « *L'expression 'veiller à' est souvent utilisée dans les instruments juridiques internationaux pour faire référence aux obligations à l'égard desquelles, s'il n'est pas considéré raisonnable de rendre un État responsable de toute violation commise par des personnes relevant de sa juridiction, de même, il n'est pas non plus jugé satisfaisant de s'en remettre à la simple application du principe aux termes duquel le comportement de personnes ou d'entités privées n'est pas attribuable à l'État en droit international* »⁵. La Chambre a raison à cet égard : l'expression « *veiller à* » dessine une troisième voix. Il ne s'agit pas de se demander si on peut attribuer le comportement des contractants à l'État, mais de se demander si ce dernier a exercé son obligation de veiller à, son obligation de *diligence due*.

2) Une responsabilité internationale de l'État facilitée

La *due diligence* permet d'abord de lever les difficultés d'attribution à l'État du manquement au droit international s'agissant d'actes commis par des opérateurs privés. La diligence a écarté « *la séparation radicale entre les activités publiques et les activités privées en fondant la responsabilité de l'État pour activités privées sur le défaut de surveillance (lack of due diligence). (...) L'expansion du concept de due diligence a permis, à la fois de charger l'État pour les actes d'insurgés qu'une prévision ou surveillance possible de sa part aurait suffi à empêcher, et de le décharger pour les actes qu'il n'avait aucun moyen de contrôler* »⁶. En effet, la *due diligence* clarifie les obligations de l'État et celles des opérateurs privés. En la matière, les États ont bien des obligations directes. La mécanique à deux temps, très clairement explicitée par le TIDM, emporte bien sûr des conséquences en terme de

¹ H. Ascensio, « Rapport introductif » in H. Ghérari et Y. Kerbrat (eds.), *L'entreprise dans la société internationale*, Pedone, Paris, 2010, p. 24.

² *Fonderie du Trail*, Sentence arbitrale du 11 mars 1941, *Rec. des sentences arbitrales*, ONU, vol. XII, not. p. 303.

³ *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités dans la Zone*. Avis consultatif de la Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins du Tribunal international du droit de la mer, 1 février 2011, § 121 ss.

⁴ *Ibid.*, §108.

⁵ *Ibid.*, §112.

⁶ Ch. Chaumont, « Cours général de droit international public », *RCADI*, Collected Courses, 1970, Volume 129.

responsabilité de l'État : « toute violation d'une obligation par un contractant patronné ne met pas automatiquement en jeu la responsabilité de l'État qui patronne. Cette responsabilité est limitée au manquement de l'État à son obligation d'assurer le respect effectif des obligations qui incombent au contractant patronné »⁷. Ainsi, « L'Etat qui patronne est exonéré de toute responsabilité s'il a pris 'toutes les mesures nécessaires et appropriées pour assurer le respect effectif', par le contractant patronné, des obligations qui incombent à ce dernier. Cette exonération de responsabilité ne s'applique pas si l'Etat qui patronne a manqué à ses obligations directes »⁸. Dans le même sens, le TIDM dans son avis de 2015, précise que « la responsabilité de l'État du pavillon ne découle pas du fait que les navires battant son pavillon n'ont pas respecté les lois et règlements des États membres de la CSRP concernant les activités de pêche INN dans leur zone économique exclusive. En effet, la violation de ces lois et règlements par des navires ne lui est pas per se imputable. La responsabilité de l'État du pavillon résulte d'un manquement à son obligation de « diligence due » concernant les activités de pêche INN menées par les navires battant son pavillon dans les zones économiques exclusives des États membres de la CSRP »⁹. Ainsi, l'État du pavillon « n'est pas tenu pour responsable s'il a pris toutes les mesures nécessaires et appropriées pour s'acquitter de son obligation de « diligence due » en vue de veiller à ce que les navires battant son pavillon ne se livrent pas à des activités de pêche INN dans les zones économiques exclusives des États membres de la CSRP »¹⁰. La sentence arbitrale du 16 juillet 2016 rendue dans l'affaire Philippines/Chine va dans le même sens. Le Tribunal arbitral conclut que la Chine a manqué à ses obligations de diligence car non seulement elle n'a pas empêché les activités destructrices d'espèces protégées et d'écosystèmes fragiles, mais elle les a tolérées et même soutenues en mobilisant la marine nationale chinoise pour protéger les pêcheurs battant pavillon chinois et en menant une politique publique délibérée de poldérisation¹¹. On ajoutera que la *due diligence* pallie au moins partiellement l'absence ou le caractère très limité des régimes de responsabilité sans faute en droit international.

Au contentieux, la *due diligence* facilite aussi les choses notamment dans un contexte d'incertitude et donc de précaution. Il sera en effet plus facile de montrer que l'Etat n'a pas pris toutes les mesures qu'il aurait du prendre. La preuve doit être rapportée non pas de l'existence d'un risque, mais que l'État n'a pas mis en place le cadre législatif et réglementaire qui lui aurait permis d'être averti de celui-ci, d'en mesurer la probabilité et la gravité, et de prendre les mesures destinées à éviter qu'il se réalise. La preuve d'un tel manquement ne présente pas de difficulté particulière¹². Mais l'intérêt dépasse les situations d'incertitude. En effet, les obligations de diligence étant des obligations de comportement, il n'y a plus à prouver qu'un dommage matériel à l'environnement est intervenu (sauf pour déterminer la forme de la réparation), mais d'abord que l'État a manqué à ses obligations de comportement en ne prenant pas toutes les mesures qu'il aurait du prendre.

Pour comprendre la portée des obligations de diligence quant à la responsabilité de l'État, prenons l'exemple des changements climatiques. Imaginons un État du Pacifique A qui met en cause la responsabilité d'un État industrialisé B pour les dommages qu'il subit sur son

⁷ *Responsabilités et obligations des États ...*, avis de la Chambre du TIDM précité, § 109.

⁸ *Ibid.*, §118.

⁹ *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches (CSRP)*, Avis consultatif du 2 avril 2015, Tribunal international du droit de la mer, §146.

¹⁰ *Ibid.*, §§147-148.

¹¹ Marie-Pierre Lanfranchi, « La SA entre la Chine et les Philippines à propos de la Mer de Chine du Sud : quelle contribution au droit de la protection des ressources marines biologiques ? », Conférence, Fortaleza, A função do direito para a gestão sustentável dos recursos marinhos : quais desafios ?, 28-29 de novembro 2017 (non publiée).

¹² Yann Kerbrat, Sandrine Maljean-Dubois, « Les juridictions internationales face au principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces », in *Unity and diversity of international law, Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, ed. Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville, Jorge E. Vinuales, Martinus Nijhoff, 2014, pp. 929-948.

territoire (montée des eaux et à terme disparition, événements météorologiques extrêmes...). En abordant ce contentieux sous l'angle de la diligence, A évite les problèmes délicats d'attribution à B du comportement des personnes privées et entreprises qui ont pour l'essentiel émis les gaz à effet de serre causant les changements climatiques. De même, A n'a plus à prouver la responsabilité de B dans les changements qu'il subit, mais plus simplement à établir que B ne s'est pas donné des objectifs de réduction des émissions suffisants. Grâce notamment aux travaux du Groupe intergouvernemental d'experts sur le climat (GIEC), il sera assez aisé d'établir que B n'a pas fait preuve de la diligence requise. La réparation matérielle du dommage causé sera plus délicate car conduira à se demander si et jusqu'où le dommage peut être attribué à B. En effet, la part d'origine humaine et la part naturelle peuvent difficilement être démêlées notamment pour les événements extrêmes. Les scientifiques ne peuvent qu'affirmer que les changements climatiques causés par l'homme entraînent une augmentation en intensité et en fréquence des événements extrêmes. Ils ne peuvent isoler la part humaine dans telle tempête ou tel typhon. En outre, une fois émis, les gaz à effet de serre se mélangent très rapidement dans l'atmosphère et peuvent produire des effets en des points très éloignés du globe. Il est impossible de tracer les gaz émis sur le territoire ou la juridiction de B et de connaître sa part de responsabilité dans les dommages subis par A (sauf à s'appuyer sur des présomptions à partir des statistiques d'émission). Si les épineux problèmes posés par la réparation ne sont donc pas tous résolus, un juge international pourra aisément constater que B a violé son obligation de diligence. Cela ne constituera sans doute pas pour A une satisfaction appropriée, mais cela pourrait faire évoluer non seulement le comportement de B, mais aussi à terme celui de tous les grands émetteurs.

II. La nature des obligations de diligence dans le champ de l'environnement

Les obligations de diligence sont à la fois de nature conventionnelle (1) et coutumière (2). En pratique, les unes et les autres sont entremêlées (3).

1) Des obligations conventionnelles

Les obligations de diligence peuvent être conventionnelles. On en trouve de nombreux exemples. Ainsi, selon l'article 194§1 de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer, « *Les États prennent (...) toutes les mesures compatibles avec la Convention qui sont nécessaires pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, quelle qu'en soit la source, ils mettent en œuvre à cette fin les moyens les mieux adaptés dont ils disposent, en fonction de leurs capacités, et ils s'efforcent d'harmoniser leurs politiques à cet égard* ». De même, « *Les Parties prennent des mesures appropriées conformément aux dispositions de la présente Convention et des protocoles en vigueur auxquels elles sont parties pour protéger la santé humaine et l'environnement contre les effets néfastes résultant ou susceptibles de résulter des activités humaines qui modifient ou sont susceptibles de modifier la couche d'ozone* » aux fins de la Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone. Dernier exemple, selon l'article 2§1 de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, « *Les Parties prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir, maîtriser et réduire tout impact transfrontière* ».

2) Des obligations coutumières

Les obligations de diligence sont aussi coutumières. Cela a été largement reconnu par la jurisprudence. En 2010, la Cour, dans l'affaire des « Usines de pâtes à papier sur le fleuve Uruguay », la Cour « *observe que le principe de prévention, en tant que règle coutumière, trouve son origine dans la diligence requise ('due diligence') de l'État sur son territoire. Il s'agit de l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes*

contraires aux droits d'autres États' (Déroit de Corfou (Royaume-Uni c. Albanie), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 22) »¹³. Il est important de noter que la Cour y voit donc bien une obligation autonome, et non un standard pour interpréter une autre obligation.

L'origine de cette obligation se trouve dans l'interdiction faite à l'État de laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États (*sic utere tuo ut alienum non laedas*) en tant que principe fondamental de bon voisinage et de coexistence, de respect de souverainetés territoriales qui sont exclusives, mais non absolues. C'est parce qu'il est fondamental pour la coexistence des souverainetés que la portée coutumière de ce principe a été aisément reconnue. Pour la Cour, c'est de ce principe que découle le principe de prévention « *en tant que règle coutumière* ». Il est ainsi, « *en tant que règle coutumière* », un prolongement ou une application de la *due diligence*. Contrairement à ce qu'on aurait pu peut-être imaginer, celle-ci n'est pas vue comme un standard à l'aune duquel il conviendrait d'appliquer et interpréter le principe de prévention. Ce raisonnement permet à la Cour d'affirmer le caractère coutumier du principe de prévention dans le champ de l'environnement. Mais il vient par là même aussi circonscrire la prévention dans la diligence. Ce n'est pas sans conséquence, comme nous le verrons par la suite.

Le principe 21 de la Déclaration de Stockholm, adoptée à l'issue de la première grande conférence des Nations Unies sur l'environnement, en 1972, exprime clairement l'obligation de diligence des États en matière de protection de l'environnement. Il fait se répondre d'une part le droit des États d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement (à la limite en détruisant leur environnement), et d'autre part 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* ». La formule, qui consacre plus qu'elle ne cristallise une règle coutumière qui dépasse le champ de l'environnement, sera reprise presque à l'identique en 1992 au principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement¹⁴. Elle explicite finalement la portée dans le champ de l'environnement de l'interdiction de l'abus de droit. La Cour internationale de Justice s'y réfèrera elle-même à plusieurs reprises.

3) Des obligations mêlées en pratique

Le droit international de l'environnement s'est quantitativement beaucoup développé et il est rare qu'à l'obligation coutumière -un peu générale par définition- ne viennent pas s'ajouter des obligations conventionnelles. Ainsi, en pratique, obligations conventionnelles et coutumières de diligence sont bien souvent mêlées. En règle générale, elles se nourrissent et s'éclairent mutuellement. Il arrive aussi qu'elles soient si inextricablement mêlées qu'il devient difficile de déterminer dans le raisonnement d'un juge -qui entretient parfois volontairement le flou- ce qui relève des unes et des autres. À titre d'exemple, pour poursuivre avec l'affaire des *Usines de pâte à papier*, lorsque la Cour énonce que « *l'État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout espace relevant de sa juridiction, ne causent un préjudice sensible à l'environnement d'un autre État* »¹⁵, elle explicite l'obligation coutumière en se référant à un « *préjudice sensible* » élément nouveau dans sa jurisprudence. Mais ici l'obligation conventionnelle -l'article 7 du statut du fleuve Uruguay qu'interprète la

¹³ Arrêt du 20 avril 2010, Cour internationale de Justice, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, § 101.

¹⁴ « Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale ».

¹⁵ Arrêt du 20 avril 2010 précité, § 101.

Cour- se réfère au préjudice « *sensible* ». On le voit, l'obligation coutumière et l'obligation conventionnelle sont entremêlées. La sentence sur la mer méridionale de Chine rend de même parfaitement compte de la catalyse, voire de la symbiose, entre l'une et l'autre¹⁶.

III. Le contenu des obligations de diligence dans le champ de l'environnement

Il s'agit d'une obligation positive large et exigeante pour les États (1). Toutefois, le seuil de gravité du dommage qu'ils doivent s'efforcer de prévenir n'est pas établi clairement *in abstracto* (2). La distinction entre obligations de fond et de procédure miroite également (3). La prévention inclut la précaution, tout au moins selon l'avis de 2011 de la Chambre du TIDM (4). Enfin, la diligence est un standard variable (5).

1°) Une obligation positive large et exigeante

La doctrine a longtemps évoqué une obligation de ne pas causer de dommage/de prévenir les dommages à l'environnement des autres États (en anglais la *no harm rule*). En réalité, l'obligation de prévention est plutôt une obligation de moyens que de résultat. La Commission du droit international (CDI) l'a traduite dans son projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontaliers résultant d'activités dangereuses par « *L'État d'origine prend toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en tout état de cause pour en réduire le risque au minimum* » (article 3)¹⁷. Mais pour la CDI, l'État d'origine « *ne garantit pas que des dommages ne surviendront pas* »¹⁸.

Pour la Cour, « *l'État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout espace relevant de sa juridiction, ne causent un préjudice sensible à l'environnement d'un autre État* »¹⁹. Ce n'est donc pas d'une vague obligation de s'abstenir ni d'une veille distante qu'il s'agit, mais bien d'une obligation de prendre des mesures appropriées, effectives pour éviter de causer un préjudice sensible à l'environnement. La Chambre du Tribunal international du droit de la mer, dans son avis de 2011, parle dans le même sens d'une « *obligation de mettre en place les moyens appropriés, de s'efforcer dans la mesure du possible et de faire le maximum pour obtenir ce résultat* »²⁰. S'appuyant sur la jurisprudence de la CIJ, la Chambre est ici très exigeante : « *Cette obligation implique la nécessité non seulement d'adopter les normes et mesures appropriées, mais encore d'exercer un certain degré de vigilance dans leur mise en œuvre ainsi que dans le contrôle administratif des opérateurs publics et privés, par exemple en assurant la surveillance des activités entreprises par ces opérateurs* »²¹. Le Tribunal international du droit de la mer le confirme dans son avis de 2015, relatif pourtant à des activités de pêche illégale, non déclarée, non règlementée, par définition délicates à appréhender juridiquement. Or, même en ce cas, « *l'État du pavillon a l'obligation d'exercer effectivement sa juridiction et son contrôle dans le domaine administratif sur les navires de pêche battant son pavillon* »²². « *Les sanctions applicables en cas d'activités de pêche INN doivent être suffisantes pour dissuader les violations et priver les auteurs des infractions des avantages qu'ils retirent de leurs activités de pêche INN* »²³.

¹⁶ PCA Case N° 2013-19 in the matter of the South China Sea Arbitration before an arbitral tribunal constituted under annex VII to the 1982 United Nations Convention on the law of the sea, between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Award of 12 July 2016, § 941 et 948.

¹⁷ *Annuaire de la Commission du droit international*, 2001, vol. II(2). Nous soulignons.

¹⁸ *Ibid.*, p. 422. Nous soulignons.

¹⁹ Arrêt du 20 avril 2010 précité, § 101.

²⁰ Avis du 1^{er} février 2011 de la Chambre du TIDM précité, § 110.

²¹ Arrêt du 20 avril 2010 précité, § 197.

²² Avis du TIDM du 2 avril 2015 précité, § 137. Nous soulignons.

²³ *Ibid.*, § 138. Nous soulignons.

2°) Quel seuil de risque ou gravité du dommage ?

Les formulations de la Cour ont évolué entre 1996²⁴ et 1997²⁵, et 2010²⁶. Là où les États devaient respecter l'environnement des autres États en 1996 et 1997, en 2010 ils doivent faire en sorte que ne soit pas causé un « *préjudice sensible* » à l'environnement. Au-delà de la formulation positive ou négative, respecter l'environnement et ne pas causer de préjudice sensible à l'environnement, est-ce bien le même niveau d'exigence ? La Cour fait apparaître un seuil en 2010, là où il n'y en avait pas jusqu'alors. Les États peuvent donc causer une atteinte ou un préjudice pour peu qu'ils ne soient pas « *sensibles* ». Première question, ce seuil vaut-il en dehors de l'affaire ? Ce n'est pas certain dans la mesure où, comme on l'a vu, dans cette affaire l'obligation conventionnelle (l'article 7 du statut du fleuve Uruguay se réfère au préjudice « sensible ») et l'obligation coutumière sont entremêlées. Deuxième question, qu'est-ce qu'un préjudice « *sensible* » ? A quel seuil de gravité cela correspond-il ? Au dommage « *serious* » de la Fonderie de Trail ? Au dommage détectable, ou au dommage « *significatif* » (qu'on doit pouvoir mesurer) que distingue la Commission du droit international²⁷ ? Au dommage substantiel, grave, voire massif ? La sentence arbitrale sur l'Indus (2013) se réfère, elle, à l'obligation de prévenir voire atténuer les dommages « *significatifs* »²⁸. En 2015, la Cour, de son côté, reprend la distinction de la CDI : « *La Cour estime qu'il est inexact d'avancer, comme le fait le Nicaragua, que tout effet préjudiciable sur le San Juan qui serait mesurable constituerait un dommage important* »²⁹. Ainsi, tout dommage mesurable n'est pas important, mais qu'est-ce qu'un dommage important ? La question reste entière. Les législations nationales sont également très variables. Ainsi, selon la récente loi française sur la biodiversité, le préjudice écologique consiste en une « *atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement* »³⁰. Selon la directive européenne de 2004 sur la responsabilité environnementale, un dommage est une « *une modification négative mesurable d'une ressource naturelle ou une détérioration mesurable d'un service lié à des ressources naturelles, qui peut survenir de manière directe ou indirecte* »³¹.

La jurisprudence livre toutefois quelques indices. Ainsi, dans l'affaire de la « route », la Cour ne considère pas comme importante une augmentation de la quantité de sédiments dans le fleuve provenant de la construction de la route qui « *représente tout au plus 2 % de la charge sédimentaire totale du fleuve* », selon des évaluations non contestées par les Parties³². Pour elle, qu'« *une telle proportion ne permet pas de conclure à un dommage important, surtout s'il est tenu compte de la forte variabilité naturelle des charges sédimentaires du fleuve* »³³. De son côté, le Tribunal arbitral constitué dans l'affaire sur la mer méridionale de Chine pour trancher un différend entre les Philippines et la Chine considère que la gravité du

²⁴ Avis de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Recueil 1996 (I), p. 242, §. 29.

²⁵ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, CIJ Recueil 1997, p. 38.

²⁶ Arrêt précité du 20 avril 2010, § 101.

²⁷ Ann. CDI, 2001, vol. II (1ère partie), pp. 163-164. Yann Kerbrat, « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement », in *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Société française pour le droit international, Colloque d'Aix-en-Provence, Pedone, Paris, 2010, p. 125.

²⁸ « *States have a positive "duty to prevent, or at least mitigate" significant harm to the environment when pursuing large-scale construction activities* » ; *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)*, Partial Award, 18 February 2013, PCA Award Series (2014), para. 451.

²⁹ Arrêt de la Cour internationale de Justice du 16 décembre 2015, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*. Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (*Nicaragua c. Costa Rica*), § 192.

³⁰ Article 4, Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, *JORF* n°0184 du 9 août 2016. Nous soulignons.

³¹ Article 2, Directive n° 2004/35/CE du 21/04/04 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (*JOUE* n° L 143 du 30 avril 2004). Nous soulignons.

³² Arrêt de la Cour internationale de Justice du 16 décembre 2015 précité, §186.

³³ *Ibid.*, §194.

dommage environnemental est en quelque sorte attestée par les conventions internationales qui témoignent du consensus international sur le caractère menacé ou en danger de certaines espèces. En effet, les tortues de mer trouvées sur les vaisseaux chinois figurent au sein de l'annexe I de la CITES qui recense les espèces menacées pour lesquelles tout commerce international est interdit³⁴. La gravité ressort également d'une rareté ou fragilité particulière établies cette fois par des études scientifiques. Moins menacés que les tortues en question, les bécotiers géants sont inscrits à l'annexe II de la CITES (espèces dont le commerce est réglementé). Ils jouent toutefois un rôle fondamental dans la croissance et le maintien des coraux. Le ramassage de ces coquillages qui peuvent atteindre 1,5 m cause la destruction des coraux sur lesquels ils se développent³⁵.

De fait, le seuil de gravité du dommage n'est pas définissable *in abstracto*. Il varie probablement selon les régions, la géographie des milieux (mer fermée ou ouverte par exemple), leur vulnérabilité voire leur « *importance internationale* » (ainsi des zones humides classées sur la liste de la Convention de Ramsar sur les zones humides d'importance internationale), le fait qu'une espèce soit menacée d'extinction ou pas, soit endémique ou non, etc. Les conventions internationales de protection de l'environnement témoigneront souvent du consensus établi à ce sujet, fruit d'un dialogue entre experts scientifiques et décideurs. Mais la gravité d'un dommage ne peut pas non plus être entièrement objectivée. Variant selon les époques, les cultures et les perceptions, elle présente aussi un aspect subjectif.

3°) Une dimension substantielle et/ou procédurale ?

Dans l'affaire Nicaragua c. Costa Rica, la Cour distingue les obligations de fond des obligations de nature procédurale de l'État (en l'espèce du Costa Rica).

Nous avons critiqué avec Yann Kerbrat cette distinction utilisée déjà dans l'affaire des « Usines » qui, simple en apparence, ne résistait pas à l'analyse : d'abord parce que la frontière entre les deux catégories d'obligation est mal définie, ensuite parce que les résultats auxquelles elle conduit sont difficilement acceptables³⁶.

La lecture de l'arrêt de 2015 confirme que cette distinction n'est pas aussi claire qu'il n'y paraît. Elle brouille la compréhension des obligations de *diligence*, voire en méconnaît l'essence. En effet, lorsqu'elle est dans la partie substantielle ou « de fond », la Cour recherche si le Costa Rica a causé un dommage, et non s'il a mis en œuvre toutes les mesures pour éviter un dommage. Pourtant, son analyse du comportement costaricien est faite à l'aune du principe, qu'elle a posé et rappelle, selon lequel au regard du droit international coutumier, « *l'État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens à sa disposition pour éviter que les activités qui se déroulent sur son territoire, ou sur tout espace relevant de sa juridiction, ne causent un préjudice sensible à l'environnement d'un autre État* »³⁷. Du coup, si elle concluait qu'un dommage a été causé, cela signifierait que le Costa Rica aurait manqué à ses obligations de diligence. Pourtant, si l'État démontre qu'il a utilisé tous les moyens à sa disposition il a respecté son obligation de diligence. C'est donc bien plutôt s'il a utilisé tous les moyens à sa disposition qu'il faut rechercher (et non s'il a causé un dommage). L'État n'a ici pas d'obligation de résultat, mais de comportement. La violation des obligations de diligence peut entraîner un dommage. Mais il peut d'ailleurs y avoir dommage alors que l'obligation de diligence a été respectée, comme il peut y avoir violation des obligations de diligence sans qu'un dommage ne soit causé... La Cour en convient elle-même quand elle conclut que le Costa Rica a violé l'obligation de diligence en n'effectuant pas d'étude

³⁴ Sentence arbitrale du 12 juillet 2016 précitée, § 956.

³⁵ *Ibid.*, § 957.

³⁶ Yann Kerbrat, Sandrine Maljean-Dubois, « La Cour internationale de Justice face aux enjeux de protection de l'environnement : réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010. Réflexions critiques sur l'arrêt du 20 avril 2010, Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay) », *RGDIP*, n°1, 2011, t. CXV, pp. 39-75.

³⁷ Arrêt du 16 décembre 2015 précité, § 100.

d'impact tout en considérant que le Nicaragua n'a pas prouvé que la construction de la route a causé des dommages importants. La question du dommage est alors, si l'on peut dire, secondaire. Elle se pose au moment de la réparation. Si l'État a manqué à ses obligations de diligence, et que cela a causé un dommage, il devra corriger les effets de son non-respect, en d'autres termes, il aura obligation de réparer le dommage. S'il a manqué à ses obligations dans pour autant causer de dommage, les formes de la réparation varieront. La restitution ou l'indemnisation ne seront pas adaptées. Ainsi, dans l'affaire de la route, la Cour « *estime que la constatation par elle de ce que le Costa Rica a violé son obligation d'effectuer une évaluation de l'impact sur l'environnement est pour le Nicaragua une mesure de satisfaction appropriée* »³⁸.

Le raisonnement de la Cour laisse subsister des interrogations qu'il faudra lever à l'avenir. Les États ont-ils *seulement* (elle est déjà fort lourde) une obligation de comportement (qui exige l'emploi de moyens spécifiquement déterminés) ou bien auraient-ils aussi une obligation de résultat (assurer par un comportement déterminé le résultat requis) ? Est-il possible et légitime de faire peser sur l'Etat une telle obligation de résultat ? À moins que les obligations de diligence n'épuisent pas le principe de prévention ? Ce n'est pas ce que semble dire la Cour qui place la prévention dans la filiation de la due diligence et qui étudie donc la prévention dans le *seul* cadre de la diligence. Mais à vouloir nicher les obligations de prévention dans la diligence (sans doute pour en affermir le caractère coutumier), la Cour ne limite-elle pas à tort le champ de la prévention ? La diligence dépasse la prévention, de même que la prévention dépasse probablement la diligence. En l'occurrence, la lecture de l'arrêt laisse à penser que, pour la Cour, la distinction entre obligations procédurales et substantielles emporte des conséquences en terme de responsabilité. Si un dommage n'est pas requis en cas de violation des premières (voir la constatation de la Cour sur la violation par le Costa Rica de son obligation d'effectuer une étude d'impact), le raisonnement de la Cour laisse à penser qu'un dommage est requis pour constater la violation des secondes. Cela recoupe la distinction faite plus loin dans cet ouvrage par Pierre d'Argent entre les obligations de prévention proprement dites, et les obligations de comportement³⁹. Selon Pierre d'Argent, rappelant l'article 14§3 du projet d'articles de la CDI, pour les premières, « *La violation d'une obligation internationale requérant de l'État qu'il prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation* »⁴⁰. La survenance d'un dommage est alors requise pour que soit engagée la responsabilité de l'État, car la violation est bien celle de prévenir un événement donné. Il y aurait donc là une obligation de résultat et non de comportement. Mais une telle distinction est-elle pertinente ? Est-on toujours alors dans une obligation de diligence ? N'est-ce pas contradictoire avec la définition des obligations de diligence que défendent aussi bien la Cour que le Tribunal international du droit de la mer ? L'obligation de prévenir ne se réalise-t-elle pas *essentiellement* par la mise en œuvre d'obligations de comportement ? Les contours de l'obligation de prévention et des obligations de diligence, ainsi que les relations qu'elles entretiennent (complémentarité, emboîtement de l'une dans l'autre...) devront encore être précisés dans le futur. Si tant est que les États aient en la matière d'obligations de comportement et de résultat, l'articulation entre obligations de comportement et de résultat n'est pas claire, de même que n'est pas claire et opératoire la distinction entre obligations substantielles et procédurales. Les catégories obligations de comportement/procédurales et substantielles/de résultat ne se superposant pas non plus exactement, cela vient encore davantage brouiller la compréhension.

³⁸ Arrêt du 16 décembre 2015 précité, §224. Voir dans le même sens l'opinion individuelle du juge Donoghue.

³⁹ Voir la contribution de Pierre d'Argent, *infra*.

⁴⁰ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, 2001, annexe de la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001.

Toujours est-il que la jurisprudence a établi plusieurs obligations concrètes découlant de l'obligation de diligence : celle de rendre obligatoire des études d'impact transfrontière et instaurer des procédures d'autorisation, celles d'informer et consulter « *de bonne foi* » les États potentiellement affectés⁴¹, celles de coopérer avec eux, avant d'autoriser un projet ou une activité et tout au long de la durée de vie de ce projet⁴². Ces obligations que la Cour considère comme procédurales présentent aussi une dimension substantielle. Obligations procédurales et obligations de fond sont à la fois interdépendantes et inextricablement mêlées : faire diligence appelle le respect d'un certain nombre d'obligations procédurales. On ajoutera que ces obligations concrètes peuvent être des obligations de comportement, mais aussi des obligations de résultat. Aussi il n'est pas étonnant que la Cour ait du mal à opérer la distinction en pratique. Ainsi, l'obligation de réaliser une étude d'impact était rangée dans les obligations de fond dans l'arrêt de 2010 sur les « Usines » ; elle est considérée comme procédurale dans l'arrêt de 2015 sur la « Route »⁴³...

On ajoutera que le respect des obligations concrètes qui pèsent ici sur les États est essentiel. Elles sont le cœur et la matérialisation de l'obligation de diligence. Aussi la jurisprudence devrait-elle être très stricte à leur sujet. Pourtant, la Cour, qui semble parfois reprendre d'une main ce qu'elle donne de l'autre, n'est pas toujours exigeante quant à leur mise en œuvre. Ainsi, dans l'affaire des « Usines », elle considère comme coutumière l'obligation de réaliser une étude d'impact, mais elle laisse une large marge aux États dans leur réalisation : « *il revient à chaque État de déterminer, dans le cadre de sa législation nationale ou du processus d'autorisation du projet, la teneur exacte de l'évaluation de l'impact sur l'environnement requise dans chaque cas en prenant en compte la nature et l'ampleur du projet en cause et son impact négatif probable sur l'environnement, ainsi que la nécessité d'exercer, lorsqu'il procède à une telle évaluation, toute la diligence requise* »⁴⁴. Or, une étude d'impact peut être très formelle... Dans l'affaire de la « Route », elle utilise une formule un peu différente (peut-être moins souple pour les États) : « *C'est à la lumière des circonstances propres à chaque cas que doit être déterminée la teneur de l'évaluation de l'impact sur l'environnement* »⁴⁵. De même, la Cour considère que « *un État doit, avant d'entreprendre une activité pouvant avoir un impact préjudiciable sur l'environnement d'un autre Etat, vérifier s'il existe un risque de dommage transfrontière important, ce qui déclencherait l'obligation de réaliser une évaluation de l'impact sur l'environnement* »⁴⁶, mais... comment savoir s'il y a risque de dommage transfrontière important avant de réaliser une étude d'impact ? La Cour pose ici une obligation d'étude d'impact, qu'elle vide quelque peu de son contenu.

4°) De la prévention à la précaution

L'avis rendu par la Chambre du TIDM en 2011 est très audacieux en ce qu'il considère que le principe/l'approche de précaution est une obligation coutumière, et ceci grâce à une conception extensive de la diligence et de la prévention. Selon l'avis, « *il est approprié de souligner que l'approche de précaution fait aussi partie intégrante des obligations de diligence requise incombant aux États qui patronnent, laquelle est applicable même en dehors du champ d'application des Règlements relatifs aux nodules et sulfures* »⁴⁷. L'approche de précaution fait partie de la due diligence, la due diligence est une obligation,

⁴¹ Par exemple, voir PCA Award of 16 July 2016 précité, § 991 ; Arrêt du 16 décembre 2015 précité, §168.

⁴² Arrêt du 20 avril 2010 précité, § 205 ; Arrêt du 16 décembre 2015 précité, § 228.

⁴³ Arrêt du 16 décembre 2015 précité, § 146 ss.

⁴⁴ Arrêt du 20 avril 2010 précité, §205.

⁴⁵ Arrêt du 16 décembre 2015 précité, §104.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Avis de la Chambre du TIDM de 2011 précité, §131.

donc l'approche de précaution est obligatoire bien au-delà du champ des deux règlements... Si l'on accepte la prémisse du syllogisme, la conclusion est logique.

Ainsi, pour la Chambre du TIDM, « *L'obligation de diligence requise exige des États qui patronnent de prendre toutes les mesures appropriées afin de prévenir les dommages qui pourraient résulter des activités des contractants qu'ils patronnent* », y compris dans les « *situations où les preuves scientifiques quant à la portée et aux effets négatifs éventuels des activités concernées sont insuffisantes, mais où il existe des indices plausibles de risques potentiels* »⁴⁸. Les États doivent donc mettre en œuvre, au titre de leurs obligations de diligence, cette approche de précaution et anticiper les risques même incertains. Ils doivent aussi et surtout faire respecter cette obligation par les opérateurs privés. Ainsi, « *l'Etat qui patronne doit prendre des mesures dans le cadre de son propre système juridique, afin d'obliger les contractants patronnés à adopter une telle approche* »⁴⁹.

Une telle considération est novatrice et riche de conséquences potentielles. C'est la première consécration claire par un juge international du principe/approche de précaution comme une obligation coutumière, même si la Chambre du TIDM conclut de manière plus ambiguë sur la question⁵⁰. Elle concerne l'environnement marin, mais si l'on accepte le raisonnement de la Chambre il peut -et même doit- être étendu à l'environnement non marin. Le champ de la *due diligence* est effet beaucoup plus large.

5°) Le degré de vigilance : un standard variable

Le contenu de l'obligation de due diligence n'est pas absolu. Il est, nous dit la Chambre du TIDM en 2011, « *difficile de [la] décrire en des termes précis* »⁵¹. La notion de diligence requise revêt un « *caractère variable* » en fonction des risques et dans l'espace⁵².

Il est bien admis que les obligations de diligence sont susceptibles de degrés, selon le risque encouru et la prévisibilité des dommages. Ainsi, « *Le niveau de diligence requise doit être plus rigoureux pour les activités les plus risquées* »⁵³. Il est à noter que le risque lui-même peut varier dans le temps : une activité non risquée peut le devenir « *par suite d'un évènement ou d'une évolution de la situation* » ou parce que le progrès des connaissances va permettre de le déceler⁵⁴. La CDI précise : « *Le degré de diligence par rapport auquel le comportement de l'État d'origine devrait être apprécié est celui qui est généralement considéré comme approprié et proportionné au degré de risque de dommages transfrontières dans le cas dont il s'agit. Par exemple, les activités qui peuvent être considérées comme comportant un risque exceptionnellement élevé exigent de la part de l'État qu'il mette beaucoup plus de soin à élaborer les principes d'action et beaucoup plus de vigueur à les appliquer. L'envergure des opérations, leur emplacement, les conditions climatiques particulières, les matériaux employés pour l'activité et la rationalité des conclusions tirées de l'application de ces facteurs dans un cas donné sont au nombre des éléments à prendre en considération pour déterminer les exigences du devoir de diligence dans chaque cas. Ce qui peut être considéré comme un degré raisonnable de vigilance ou de diligence peut changer avec le temps; ce qui peut être considéré comme étant une procédure, une norme ou une règle*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*, §130

⁵⁰ *Ibid.*, §135. Voir notre critique du raisonnement suivi, « L'enjeu de protection de l'environnement dans l'exploration et exploitation de la Zone : l'apport de l'avis de la Chambre du Tribunal international du droit de la mer du 1er février 2011 », *Annuaire du droit de la mer 2011*, vol. 16, décembre 2012, « Le régime juridique des grands fonds marins, enjeux théoriques et pratiques à la lumière de l'avis consultatif du 1^{er} février 2011 », pp. 367-380.

⁵¹ *Ibid.*, § 117.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.* La jurisprudence de la CEDH va dans le même sens : « *Lorsqu'il s'agit pour un État de traiter des questions complexes de politique environnementale et économique, et notamment lorsqu'il s'agit d'activités dangereuses, il faut, de surcroît, réserver une place singulière à une réglementation adaptée aux spécificités de l'activité en jeu notamment au niveau du risque qui pourrait en résulter* » (arrêt Tatar c. Roumanie du 27 janvier 2009, Requête n° 67021/01, §88).

⁵⁴ *Annuaire de la CDI*, 2001, volume II, point II, p.162.

appropriée et raisonnable à un moment donné peut ne pas l'être à un moment ultérieur. En conséquence le devoir de diligence nécessaire pour garantir la sûreté des opérations oblige les États à suivre les progrès technologiques et scientifiques »⁵⁵.

Il est entendu aussi que la *due diligence* varie selon les moyens dont dispose l'État⁵⁶. Un avis rendu en 1955 par le service juridique Suisse précisait : « *Toutefois ni l'obligation de prévention ni celle de punition n'ont un caractère absolu. La première ne se réalise que dans le cadre d'un standard général, d'une responsabilité pour négligence. Elle dépend de la situation intérieure de chaque pays à une époque déterminée. L'État doit faire preuve de 'due diligence'; il n'est pas tenu d'empêcher n'importe quel incident de manière absolue, ce qui serait matériellement impossible »⁵⁷. Il y a là un standard, celui de la *diligentia quam in suis* (« *diligence que l'on exercerait dans ses propres affaires »*)⁵⁸. Cela a été clairement rappelé par l'arbitre Max Huber : « *L'État n'est tenu qu'à exercer le degré de surveillance qui correspond aux moyens dont il dispose. Exiger que ces moyens soient à la hauteur des circonstances serait imposer à l'État des charges auxquelles il ne pourrait souvent pas faire face. Aussi la thèse que la vigilance à exercer doit correspondre à l'importance des intérêts en jeu, n'a-t-elle pas pu s'imposer. La vigilance qu'au point de vue du droit international l'État est tenu de garantir peut être caractérisée (...) comme une diligentia quam in suis »⁵⁹.**

Le TIDM a eu par deux fois à se prononcer sur la variabilité des mesures de diligence selon les capacités des États. En 2011, sa Chambre pour les fonds marins considère que « *l'adoption de mesures appropriées est requise et celles-ci doivent être prises dans le cadre du système juridique de l'Etat qui patronne »⁶⁰. Elle laisse par là une certaine marge d'appréciation à des États qui n'ont pas tous les mêmes niveaux de développement ni les mêmes capacités de contrôle. La diligence rencontre ici un autre standard, celui du raisonnable : peut-on attendre de l'État qu'il prenne autre chose que les mesures « *raisonnablement appropriées »⁶¹ ? De même, en 2015, pour le Tribunal, « *Chaque État du pavillon est libre de déterminer, conformément à son système juridique, la nature des lois, règlements et mesures qu'il doit adopter. Toutefois, il a l'obligation d'y inclure des mécanismes de mise en œuvre afin d'assurer la surveillance et le respect de ces lois et règlements. Les sanctions applicables en cas d'activités de pêche INN doivent être suffisantes pour dissuader les violations et priver les auteurs des infractions des avantages qu'ils retirent de leurs activités de pêche INN »⁶². La CDI avait bien affirmé auparavant « *Le niveau économique des États est un des facteurs à prendre en considération pour déterminer si un État s'est acquitté de son devoir de diligence. Mais il ne saurait être mis en avant pour exonérer l'État de l'obligation que lui imposent les présents articles »⁶³. En l'occurrence, le TIDM se montre soucieux de faire la balance entre la marge nationale d'appréciation des États et la nécessité de garantir l'effectivité du droit international. La Chambre du TIDM est particulièrement stricte s'agissant de la Zone, dans l'objectif d'éviter les patronages de complaisance. Ainsi, « *les dispositions générales sur les obligations et la responsabilité de l'État qui patronne s'appliquent de la même manière à tous les États qui patronnent, qu'ils*****

⁵⁵ *Ibid.*, p. 424.

⁵⁶ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p.1198.

⁵⁷ Avis du Service juridique Suisse du département politique fédéral, 28 février 1955, ASDI, 1959, p. 225.

⁵⁸ C'est le « *degré de vigilance que l'État doit déployer pour remplir certaines obligations internationales et qui ne doit pas être inférieur à celui qu'il exerce dans ses propres affaires* » (J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international* précité, p. 341).

⁵⁹ *Sentence Max Huber, Biens britanniques au Maroc Espagnol, RSA*, vol. II, p. 644, 1^{er} mai 1925.

⁶⁰ Avis précité de la Chambre du TIDM de 2011, § 118.

⁶¹ *Ibid.*, § 228, formule que l'on retrouve à l'article 4, paragraphe 4, deuxième phrase, de l'annexe III à la Convention.

⁶² Avis précité du TIDM de 2015, § 138.

⁶³ Commission du droit international, *Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultats d'activités dangereuses et commentaires y relatifs*, 2001, pp. 424-425.

soient en développement ou développés »⁶⁴. C'est réellement le principe d'une « égalité de traitement » que la Chambre pose⁶⁵. Cette prévalence de l'égalité sur l'équité est probablement très spécifique et résulte des enjeux de protection de la Zone. Cette exigence générale n'empêche pas la Chambre de reconnaître qu'un traitement différencié peut être mis en œuvre par les États s'agissant des obligations plus précises qui leur incombent (obligations qu'elle qualifie de « directes »⁶⁶). Ainsi, les mesures de précaution doivent être appliquées par les États « selon leurs capacités ». La Chambre en déduit logiquement que « la première phrase du principe 15 [de la Déclaration de Rio] implique des variations possibles dans l'application de l'approche de précaution au vu des capacités respectives de chaque État »⁶⁷. Ainsi, l'obligation de prévention s'applique de la même manière à tous les États, mais il n'est pas ainsi de la précaution pour laquelle est admise une différenciation. Le raisonnement n'est pas ici complètement convaincant. Si la précaution n'est qu'un prolongement de la prévention (voir *supra* 4°), pourquoi leur mise en œuvre est-elle différente ? La Chambre s'appuie visiblement sur le principe 15 de la Déclaration de Rio. Mais alors les principes 7 et 11 de cette même déclaration auraient pu également la conduire à nuancer les obligations de prévention dans une recherche d'équité.

Conclusion

Même si quelques zones d'ombre restent à clarifier, les obligations de diligence sont susceptibles de produire des conséquences systémiques sur l'ensemble du droit international de l'environnement, qu'elles peuvent contribuer à affermir. Telles qu'elles sont conçues et comprises par la jurisprudence, elles permettent au droit international de l'environnement d'appréhender, même si c'est indirectement, les opérateurs privés responsables de la plupart des dommages à l'environnement. Elles rendent également plus aisée la mise en cause de la responsabilité de l'État, facilitant l'établissement du lien de causalité et de l'administration de la preuve.

Encore n'avons-nous évoqué que la prévention des dommages transfrontaliers dans un contexte interétatique. Mais la rencontre entre le droit international de l'environnement et celui des droits de l'homme ne permet-elle pas d'aller plus loin pour envisager cette fois les obligations de diligence qui doivent conduire les États à prévenir les dommages environnementaux sur leur territoire ou leur juridiction indépendamment de tout impact transfrontière ? N'est-ce pas finalement le sens de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle affirme, par exemple, que « Les États ont avant tout l'obligation positive, en particulier dans le cas d'une activité dangereuse, de mettre en place une réglementation adaptée aux spécificités de ladite activité, notamment au niveau du risque qui pourrait en résulter. Cette obligation doit régir l'autorisation, la mise en fonctionnement, l'exploitation, la sécurité et le contrôle de l'activité en question, ainsi qu'imposer à toute personne concernée par celle-ci l'adoption de mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des citoyens dont la vie risque d'être exposée aux dangers inhérents au domaine en cause »⁶⁸ ? Cela dessine, peut-être, l'évolution future d'un droit international de l'environnement fertilisé par le droit international des droits de l'homme.

⁶⁴ Avis précité de la Chambre du TIDM de 2011, § 158.

⁶⁵ *Ibid.*, § 159.

⁶⁶ *Ibid.*, § 121.

⁶⁷ *Ibid.*, § 129.

⁶⁸ CEDH, Aff. Di Sarno et autres c. Italie, (*Requête n° 30765/08*), arrêt du 10 janvier 2012, § 110.