



HAL
open science

La responsabilité de l'État en droit international public, stratégies d'évitement et pistes prospectives.

Sandrine Maljean-Dubois

► To cite this version:

Sandrine Maljean-Dubois. La responsabilité de l'État en droit international public, stratégies d'évitement et pistes prospectives.. Journal International de Bioéthique, 2019, Numéro spécial "Dommages climatiques: quelles responsabilités? Quelles réparations?" sous la direction de Mathilde Hautereau-Boutonnet et Sandrine Maljean-Dubois. halshs-02342740

HAL Id: halshs-02342740

<https://shs.hal.science/halshs-02342740>

Submitted on 1 Nov 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.

Journal internationale de bioéthique n°1/2019
Numéro spécial « Dommages climatiques : quelles responsabilités ? Quelles réparations ? »
sous la direction de Mathilde Hautereau-Boutonnet et Sandrine Maljean-Dubois

La responsabilité de l'État en droit international public, stratégies d'évitement et pistes prospectives

State responsibility in public international law, avoidance strategies and future trends

Sandrine Maljean-Dubois¹
Aix Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau et des Pays de l'Adour,
CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence

Résumé

Le régime international du climat n'a pu prévenir une augmentation des températures qui se fait déjà sentir et risque de s'amplifier dans le futur. Dès lors, les impacts croissants des changements climatiques conduisent à s'interroger sur leur réparation. Bien que les États aient développé des stratégies d'évitement, les questions de responsabilité se posent et se poseront avec une acuité accrue, y compris à l'échelle interétatique. Dans ce contexte, la clarification de la responsabilité internationale de l'État en la matière et, par-là, des risques qu'il encourt, est importante.

Abstract

The international climate regime has not been able to prevent a rise in temperatures that is already being felt and is likely to increase in the future. Therefore, the increasing impacts of climate change lead to questions about their compensation. Although states have developed avoidance strategies, liability issues are arising and will arise with greater acuity, including at the interstate level. In this context, the clarification of the international responsibility of the State in this matter and, hence, of the risks it runs, is important.

¹ L'auteure tient à remercier C. Cournil, L. Varison et N. Kugler pour leur relecture attentive et leurs utiles commentaires et suggestions. Elle remercie également C. Cournil et Leandro Varison pour avoir accepté que soit publiée ici une contribution revue à partir de celle fournie pour l'ouvrage qu'ils ont dirigé *Les procès climatiques : du national à l'international*, aux éditions Pedone, Paris, 2018.

Les changements climatiques constituent un problème « *super épineux* »² de gouvernance internationale. D'abord, les émissions de gaz à effet de serre (GES), qui contribuent au réchauffement global et au-delà aux changements climatiques, proviennent d'un très grand nombre de sources. Les acteurs des changements climatiques sont nombreux et divers, allant des États eux-mêmes aux entreprises petites ou grandes, agriculteurs, individus consommant, se chauffant, circulant, etc. Ensuite, l'émission de GES n'est en elle-même pas interdite, mais tout au plus règlementée. Car c'est l'effet cumulatif dans l'espace et dans le temps des GES qui est problématique. En outre, leur diffusion dans l'atmosphère est si rapide – quelques jours pour le CO₂ – que les effets des émissions sont indépendants de leur localisation. L'augmentation des émissions de GES dans un État ou une région du globe est susceptible de produire des conséquences en des points très éloignés de la planète. En même temps, si les pays du Nord assument la responsabilité historique des changements climatiques actuels, ce sont les pays du Sud qui y sont les plus vulnérables. En cela, il ne s'agit pas d'un problème transfrontalier classique de « bon voisinage », mais bien d'un problème global par essence, appelant une large coopération internationale. Enfin, si aujourd'hui l'origine humaine de ces changements n'est plus contestée³, la causalité humaine dans tel ou tel événement est impossible à déterminer ou isoler, et ce même si les scientifiques considèrent que les changements climatiques rendent et rendront les événements extrêmes plus fréquents et plus intenses. Le lien de causalité est peut-être plus facile à établir s'agissant des phénomènes lents (tel que la montée des eaux ou la désertification), mais il s'avère malgré tout difficile de distinguer le facteur changement climatique causé par l'homme d'autres facteurs (tels que l'activité solaire ou volcanique), ou de quantifier la part de tel pays ou groupe de pays. Les connaissances évoluent cependant. Ainsi, pour la première fois, les scientifiques sont parvenus à lier des événements climatiques extrêmes aux changements climatiques induits par l'homme. Ils ont établi que des événements extrêmes survenus en 2016 n'auraient pu se produire simplement en raison de la variabilité climatique naturelle⁴.

Les États ont élaboré un droit international spécifique, à partir de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC, 1992), complétée par son Protocole de Kyoto (1997) puis par l'Accord de Paris (2015). Ces trois instruments sont très largement ratifiés (la CCNUCC compte 197 Parties, le Protocole de Kyoto 192 et l'Accord de Paris 175), mais le régime a été lent à se mettre en place et il est insuffisamment ambitieux. Il n'a pu prévenir une augmentation des températures qui se fait déjà sentir et risque de s'amplifier dans le futur⁵. Dès lors, les impacts croissants des changements climatiques conduisent à s'interroger sur leur réparation. Des questions de responsabilité se posent et se poseront avec une acuité accrue, y compris à l'échelle interétatique. Preuve en est le récent arrêt de la Cour internationale de Justice (CIJ) qui, s'il ne mentionne pas l'Accord de Paris, prend en compte les demandes du Costa Rica concernant le rôle des arbres dans la régulation des gaz et la qualité de l'air⁶, ou encore la réaffirmation, récente elle aussi, par la Cour interaméricaine des droits de l'homme du fait que le changement climatique est susceptible d'empêcher la jouissance de certains droits de l'homme⁷.

Dans ce contexte, la clarification de la responsabilité internationale de l'État en la matière et, par-là, des risques qu'il encourt, est importante. Les changements climatiques pourraient donner lieu à des contentieux à l'instigation de certains États (par exemple les États les plus vulnérables, comme les petits insulaires du Pacifique, ou bien des États vertueux

² R. Lazarus, « Super Wicked Problems and Climate Change: Restraining the Present to Liberate the Future », *Cornell L. Rev.*, 2009, vol. 94 p. 1153.

³ IPCC, *Climate Change 2014 Synthesis Report, Summary for Policymakers*, IPCC, 2014, p. 4.

⁴ Bulletin of the American Meteorological Society, *Explaining Extreme Events from a Climate Perspective*, Special Report, 2017, p. 1.

⁵ UNEP, *The Emissions Gap Report 2017, A UN Environment Synthesis Report*, octobre 2017, p. xiv.

⁶ CIJ, *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, *Indemnisation due par la République du Nicaragua à la République du Costa Rica*, arrêt du 2 février 2018 (non pub. au Recueil), §86.

⁷ Cour interaméricaine des droits de l'Homme, Avis consultatif OC-23/17, 15 novembre 2017, §47.

contre certains qui le seraient moins). L'objet du litige pourrait aller de l'insuffisance des mesures de lutte contre les changements climatiques, d'adaptation aux changements climatiques ou des financements vers les États du Sud, aux effets des mesures destinées à lutter contre les changements climatiques (promotion des énergies renouvelables par exemple ou activités de géoingénierie), en passant par la contestation de projets d'ampleur (centrales à charbon, aéroports, éoliennes...). L'objectif de ces différends pourrait varier de l'obtention d'une compensation (intervenant alors *ex post* par rapport au dommage) à un rôle de prévention (intervenant alors *ex ante*), tentant de favoriser une action concrète, de mettre la pression sur les États pour qu'ils développent des politiques plus ambitieuses et plus cohérentes. Comme c'est le cas dans les contentieux climatiques nationaux, il y a fort à parier que de tels litiges seraient au cœur de stratégies de communication, et donc fortement médiatisés. L'issue du différend, même défavorable aux demandeurs, importe alors moins que l'orchestration réussie de l'opération de communication.

Les développements qui suivent s'en tiennent aux différends interétatiques, mais ils valent pour l'essentiel aussi pour tout sujet du droit international (comme une organisation internationale finançant un grand projet fortement émetteur de GES). Nous montrerons que les États ont jusqu'ici tenté d'éviter les contentieux internationaux sans toutefois parvenir à en exclure complètement les risques.

I. LES TENTATIVES D'ÉVITEMENT DU CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE

À l'échelle internationale, les États ont tenté d'éviter les contentieux en n'instituant pas de régime de responsabilité objective, en tentant de marginaliser sans pouvoir exclure la mise en cause de la responsabilité internationale pour manquement au droit international.

1. L'absence de régime international de responsabilité objective

En 1972, la Déclaration de Stockholm invitait déjà, dans son principe 22, les États à développer le droit international en ce qui concerne la « responsabilité et l'indemnisation des victimes de la pollution et d'autres dommages écologiques que les activités menées dans les limites de la juridiction de ces États ou sous leur contrôle causent à des régions situées au-delà des limites de leur juridiction ». Le principe 13 de la Déclaration de Rio de 1992 va dans le même sens, tout comme, sur un plan conventionnel, l'article 235 de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer. Pourtant, la matière se caractérise encore aujourd'hui par sa pauvreté et l'absence d'un régime général. La pratique n'a que peu contribué au développement du droit de la responsabilité, car la quasi-totalité des litiges interétatiques a été réglée par la négociation d'accords de compensation, conclus sans référence à des règles de contentieux international⁹. Dans des domaines précis, certaines conventions prévoient la responsabilité objective de l'État ou de l'organisation internationale. Plus souvent un glissement est effectué vers le droit international privé. Plusieurs conventions ont ainsi pour objet de faciliter le règlement d'éventuels litiges en mettant en place des régimes de responsabilité pour risque des opérateurs ou exploitants, en « canalisant » la responsabilité des opérateurs, en prévoyant la constitution de fonds de compensation pour permettre le versement d'indemnités lorsque l'opérateur est insolvable ou que les dommages dépassent un certain montant ou en déterminant la compétence de juridiction ou assurant l'exécution des jugements¹⁰. Ce « transfert » de responsabilité n'a cependant pas été effectué dans tous les secteurs ; seules certaines activités sont couvertes, tels les transports de marchandises dangereuses et notamment les hydrocarbures ou l'énergie nucléaire, les mouvements

⁸ UNEP, *The Status of Climate Change Litigation – A Global Review*, UNEP, 2017, p. 4.

⁹ L. Boisson de Chazournes, « La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l'environnement : enjeux et défis », *Revue générale de droit international public*, n°1/1995, p. 48.

¹⁰ A Nollkaemper, « Responsibility of transnational corporations in international environmental law : three perspectives », in G. Winter (ed.), *Multilevel Governance of Global Environmental Science*, Cambridge University Press, 2006, p. 186.

transfrontières de déchets dangereux ou le commerce international des organismes génétiquement modifiés. La constitution d'un régime international de ce type pour les dommages résultant des changements climatiques aurait répondu à de réelles nécessités, dès lors que les acteurs privés sont largement responsables des dommages climatiques. Elle n'a toutefois fait l'objet que de propositions doctrinales, que les États n'ont jamais endossées faute de courage et/ou de volonté¹¹.

2. Les tentatives de marginalisation de la responsabilité interétatique

Les États ne se sont pas non plus mis d'accord sur un cadre juridique spécifique pour leur responsabilité. Ils ont même soigneusement évité de le faire au sein de la CCNUCC, du Protocole de Kyoto ou de l'Accord de Paris. La CCNUCC reconnaît que la « majeure partie des GES émis dans le monde par le passé et à l'heure actuelle ont leur origine dans les pays développés » et qu'il appartient aux pays développés « d'être à l'avant-garde de la lutte contre les changements climatiques et leurs effets néfastes »,¹² mais elle ne précise pas si les obligations renforcées des pays développés trouvent leur source dans leur responsabilité historique, leurs plus grandes capacités ou simplement leur générosité. Certes, le principe des responsabilités communes mais différenciées et des capacités respectives joue un rôle cardinal dans le régime international du climat. Cependant, si cette responsabilité est juridique ou morale n'est jamais précisé et demeure donc discuté¹³.

Les États ont en revanche mis en place, dans le cadre du Protocole de Kyoto, puis de l'Accord de Paris, des procédures de non-respect. Celle de l'Accord de Paris est encore en cours de négociation, mais l'Accord prévoit d'ores et déjà que le mécanisme est « axé sur la facilitation, et fonctionne d'une manière qui est transparente, non accusatoire et non punitive » (article 15.2). Voilà clairement affirmé le caractère non contentieux de la procédure à venir. Elle se distinguera en cela de celle qui fonctionne dans le cadre du Protocole de Kyoto, plus ambiguë de ce point de vue. Le Comité d'application du Protocole est constitué de deux chambres, dont l'une, celle de la mise en œuvre, est quasi-juridictionnelle, et peut être amenée à trancher de véritables différends en droit¹⁴. Il peut décider réelles sanctions en cas de non-respect par les États de leurs obligations, au rang desquelles les obligations de réduction des émissions de GES. Mais il ne s'agit à aucun moment de tirer des conséquences juridiques de dommages climatiques¹⁵. S'il peut y avoir application de pénalités en cas de dépassement des engagements de réduction, ces pénalités ne sont pas conçues comme la réparation du préjudice éventuellement causé par le non-respect comme ce serait le cas si la responsabilité de l'État était mise en cause. Ces conséquences, nommées sobrement « mesures consécutives » « visent à rétablir le respect des dispositions pour assurer l'intégrité de l'environnement et doivent inciter à ce respect »¹⁶. Des sanctions ont été décidées à plusieurs reprises, mais pas pour le dépassement des engagements de réduction. Le Canada, qui en était menacé, a préféré se retirer du Protocole pour ne avoir à les subir. De tels mécanismes sont mieux adaptés à la matière environnementale. Le contrôle et la réaction au manquement sont institutionnalisés et collectivisés, ce qui favorise leur acceptation par les États. Par ailleurs, ces procédures jouent un rôle aussi bien correcteur que préventif contrairement à la traditionnelle responsabilité de l'État, qui intervient essentiellement *ex post*

¹¹ P. Cullet, « Liability and Redress for Human-Induced Global Warming: Towards an International Regime », *Stan. Envtl. L. J.*, vol. 26, 2007, p. 99.

¹² Préambule et article 3§1.

¹³ B. Mayer, « State Responsibility and Climate Change Governance: A Light through the Storm », *Chinese Journal of International Law*, vol. 13, 2014, p. 8.

¹⁴ S. Maljean-Dubois, *L'observance. Contrôle et sanction du non-respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques*, La DF, Paris, 2007, p. 193.

¹⁵ C. Voigt, « State Responsibility for Climate Change Damages », *Nordic Journal of International Law*, vol. 77, 2008, p. 1.

¹⁶ Décision 27/CMP.1, Procédures et mécanismes relatifs au respect des dispositions du Protocole de Kyoto, FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.3, 2005, p. 96. J. Peel, « The Practice of Shared Responsibility in relation to Climate Change », in A. Nollkaemper, I. Plakokefalos (eds.), *The Practice of Shared Responsibility in International Law*, CUP, 2016, p. 1009.

par rapport à la violation d'une obligation internationale. Ainsi, ces mécanismes sont bien davantage utilisés et contribuent par là à marginaliser les mécanismes classiques de règlement des différends, même s'ils ne les excluent pas¹⁷.

La création du « Mécanisme international de Varsovie relatif aux pertes et préjudices liés aux incidences des changements climatiques » va dans le même sens. Face aux revendications anciennes et fortes des pays du Sud, la COP 19, en 2013, à Varsovie, a fini par mettre en place ce mécanisme que l'Accord de Paris a intégré (article 8). Loin de satisfaire les revendications des pays en développement, il n'est pas un mécanisme de compensation pour les dommages climatiques en application de la reconnaissance d'une responsabilité internationale. La décision 1/CP.21 qui accompagne l'Accord de Paris est très claire à ce sujet puisqu'elle prend soin de préciser que « l'article 8 de l'Accord ne peut donner lieu ni servir de fondement à aucune responsabilité ni indemnisation ». Il s'agit en fait à nouveau d'un mécanisme de contournement de la responsabilité internationale de l'État. Il pourrait malgré tout, à terme, conduire à prévenir, voire réparer des dommages climatiques, mais non par reconnaissance d'une responsabilité internationale juridique, plutôt pour des raisons de solidarité dans le cadre d'une politique de coopération nord/sud. On peut considérer qu'avec ce nouveau Mécanisme intégré à l'Accord de Paris, la porte est ouverte, ou au moins entrouverte, à des évolutions ultérieures. Pour l'instant, toutefois, les discussions sont loin des questions de responsabilité et de compensation pour les dommages climatiques non évités¹⁸. Pour autant, ces différentes tentatives de marginaliser cette responsabilité ne peuvent parvenir à en exclure tout à fait l'invocation.

3. Une responsabilité internationale ne pouvant être exclue

Dans le cadre du Protocole de Kyoto, il est bien précisé que « Les procédures et mécanismes de contrôle fonctionnent sans préjudice des dispositions des articles 16 et 19 du Protocole »¹⁹. En outre, certains États – parmi lesquels les petits insulaires du Pacifique – ont fait des déclarations interprétatives lors de leur ratification précisant que celle-ci « ne constitue en aucun cas une renonciation à leurs droits en vertu du droit international s'agissant de la responsabilité des États pour les effets préjudiciables des changements climatiques, et qu'aucune disposition de la Convention ne peut être interprétée comme dérogeant aux principes du droit international général »²⁰. C'est la Déclaration faite par Fidji lors de sa ratification de la CCNUCC. Mais Kiribati, Nauru, la Papouasie-Nouvelle-Guinée et Tuvalu ont fait des déclarations similaires. Au titre du Protocole de Kyoto, les Îles Cook, Kiribati, Nauru et Niue en ont fait de même. Au moment de ratifier l'Accord de Paris, des États encore plus nombreux ont soumis des déclarations de ce type : les Îles Marshall, la Micronésie, Nauru, Niue, les Philippines, les Îles Salomon, Tuvalu et Vanuatu. Les formulations diffèrent légèrement. La déclaration des Îles Cook est, par exemple, plus précise, spécifiant que « le gouvernement des îles Cook entend que l'Accord de Paris et son application ne sauraient en aucun cas constituer une renonciation à des droits en vertu du droit international s'agissant de la responsabilité des États pour les effets préjudiciables des changements climatiques, et qu'aucune disposition de l'Accord de Paris ne peut être interprétée comme dérogeant aux principes du droit international général ou à des revendications ou droits relatifs à la

¹⁷ M. Koskenniemi, « Breach of Treaty or Non-Compliance? Reflections on the Enforcement of the Montreal Protocol », *Yearbook of International Environmental Law*, 1993, vol. 3, p. 123.

¹⁸ M. Doelle, « Loss and damage in the UN climate regime », in D.A. Farber, M. Peeters (eds.), *Climate change law*, Elgar Encyclopedia of Environmental Law, Edward Elgar, 2016, p. 622.

¹⁹ Décision 27/CMP.1 précitée p. 96.

²⁰ Notre traduction de l'anglais : « shall, in no way, constitute a renunciation of any rights under international law concerning state responsibility for the adverse effects of climate change, and that no provisions in the Convention can be interpreted as derogating from the principles of general international law shall, in no way, constitute a renunciation of any rights under international law concerning state responsibility for the adverse effects of climate change, and that no provisions in the Convention can be interpreted as derogating from the principles of general international law ».

réparation due pour les impacts des changements climatiques »²¹. Ces déclarations montrent que ces États considèrent que les principaux émetteurs de GES pourraient voir leur responsabilité engagée²². Même s'il (ou peut-être parce qu'il) n'y a pas de règles secondaires spéciales, rien dans le régime du climat ne peut être lu comme excluant l'applicabilité du droit international général quant aux dommages causés par les changements climatiques²³. Les Parties s'en montrent conscientes lorsqu'elles affirment, dans le préambule de la CCNUCC, que les États 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 ». Ce qui est présenté comme un « devoir » est bien une obligation coutumière, consacrée comme telle à plusieurs reprises par la jurisprudence internationale²⁴. Au regard des impacts prévus des changements climatiques, de la vulnérabilité de beaucoup de pays en développement et des progrès des connaissances s'agissant de mieux comprendre leurs causes humaines et leurs causes naturelles, la probabilité de contentieux contre les grands émetteurs va croissante²⁵. Mais la boîte à outils du droit international permet-elle de faire face à un tel défi ?

II. LES PERSPECTIVES DE CONTENTIEUX INTERÉTATIQUES

Certains petits États ont déjà eu des velléités en la matière, mais ils ont été dissuadés d'intenter des recours au motif que cela aurait pu crispier des négociations internationales sur le climat déjà fort tendues. Ainsi de Tuvalu, un petit État insulaire du Pacifique Sud dont le territoire sera probablement immergé dans les 50 années qui viennent, qui a annoncé en 2002, sans donner suite, qu'il allait saisir la CIJ contre l'Australie²⁶. Certains pousseront au contentieux au vu de l'insuffisance des résultats de la Conférence de Copenhague en 2009, dans l'idée de s'inspirer de l'exemple de l'Organisation mondiale du commerce au sein de laquelle les contentieux ont été stratégiquement employés par les gouvernements pour influencer les négociations et clarifier les obligations des États²⁷. Palau, un autre petit État insulaire, a initié en 2011 une campagne auprès de l'Assemblée générale de l'ONU pour qu'elle demande un avis consultatif à la CIJ. Mais Palau a finalement renoncé, après le compromis obtenu à Durban et le lancement de nouvelles négociations, et a fortiori quand les États-Unis ont menacé d'interrompre leur aide au développement²⁸. Un certain attentisme a marqué ensuite la préparation puis le lancement de l'Accord de Paris, l'ensemble des États (ou presque) considérant aujourd'hui que ce que prévoit l'Accord est insuffisant, mais en tout état de cause à la fois fragile et préférable à rien du tout... Pourtant, en fonction des résultats des COP à venir, les perspectives de contentieux pourraient être réactivées. La plupart des auteurs font toutefois le même constat selon lequel le droit international est plutôt mal outillé en termes de responsabilité pour les dommages climatiques²⁹. Il est vrai que les conditions et modalités d'engagement de la responsabilité internationale de l'État sont mises au défi par l'enjeu des changements climatiques, qu'il s'agisse du fait générateur, de ses conséquences ou encore de la mise en œuvre de la responsabilité.

²¹ Notre traduction de l'anglais : « The Government of the Cook Islands declares its understanding that acceptance of the Paris Agreement and its application shall in no way constitute a renunciation of any rights under international law concerning State responsibility for the adverse effects of climate change and that no provision in the Paris Agreement can be interpreted as derogating from principles of general international law or any claims or rights concerning compensation due to the impacts of climate change ».

²² T. Koivurova, « International Legal Avenues to Address the Plight of Victims of Climate Change: Problems and Prospects », *Journal of Environmental Law & Litigation*, 2007, vol. 22, p. 267.

²³ C. Voigt, « State Responsibility for Climate Change Damages », *op. cit.*, p. 10.

²⁴ Voir infra, II.

²⁵ R. Verheyen, P. Roderick, *Beyond adaptation. The legal duty to pay compensation for climate change damage*, WWF, 2008, p. 37.

²⁶ T. Koivurova, *op. cit.*, p. 267.

²⁷ C. Schwarte, R. Byrne, *International climate change litigation and the negotiation process*, Working paper, FIELD, 2010, p. 1.

²⁸ S. Beck, E. Bursleson, « Inside the System, Outside the Box: Palau's Pursuit of Climate Justice and Security at the United Nations », *Transnational Environmental Law*, 2014, vol. 3, p. 17.

²⁹ C. Voigt, « State Responsibility for Climate Change Damages », *op. cit.*, p. 2.

1. Le fait générateur : une violation du droit international attribuable à un État

Les propositions de la CDI visant à développer la *Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international*, relèvent davantage du développement progressif que de la codification³⁰. Discutée, une telle responsabilité perd quoi qu'il en soit progressivement sa raison d'être en raison de l'affermissement des obligations primaires des États. Ce dernier permet de fonder la responsabilité sur le fait illicite, ce qui constitue la responsabilité de droit commun en droit international. Son engagement ne peut avoir lieu que sur le fondement d'un fait international illicite, attribuable à l'État.

1.1. Une violation d'une obligation internationale

Il est bien admis que « Tout fait internationalement illicite de l'État engage sa responsabilité internationale »³¹. Le fait générateur est donc non le dommage, mais un fait illicite international. La responsabilité de l'État résulte du manquement au droit international, quelles qu'en soient les conséquences. Il peut s'agir, principalement, d'un manquement à une obligation conventionnelle ou coutumière, résultant d'une action ou d'une omission. De ce point de vue, la densification des obligations de l'État accroît mécaniquement les possibilités de contentieux. Le remarquable développement des obligations primaires des États tient aussi bien à la multiplication et à la précision croissante des obligations conventionnelles qu'au renforcement d'un socle constitué de règles coutumières. L'obligation violée peut ainsi être recherchée dans le droit spécial des changements climatiques et en droit international général.

Sur le plan conventionnel, selon les États impliqués dans un contentieux climatique international, la CCNUCC, le Protocole de Kyoto et l'Accord de Paris seront pertinents. La doctrine s'interroge sur la question de savoir si la CCNUCC impose ou non aux États des obligations juridiquement contraignantes. En tant que convention-cadre, elle définit un cadre juridique dont le contenu manque de précision et dont le contrôle de la mise en œuvre est très léger³². S'agissant de la réduction des émissions, la disposition la plus précise est l'article 4.2, qu'il faut lire à la lumière de l'article 2 lequel définit l'objectif général dit « ultime » de la Convention (« stabiliser (...) les concentrations de gaz à effet de serre dans l'atmosphère à un niveau qui empêche toute perturbation anthropique dangereuse du système climatique (...) »). L'article 4.2 précise que chaque Partie « adopte des politiques nationales et prend en conséquence les mesures voulues pour atténuer les changements climatiques en limitant ses émissions anthropiques de gaz à effet de serre et en protégeant et renforçant ses puits et réservoirs de gaz à effet de serre ». Cette disposition, bien qu'encore relativement vague ne représente-t-elle pas un « engagement » qui pourrait servir de fondement à l'engagement de la responsabilité internationale d'un État³³ ? De même, l'article 4.4 ne contient-il pas un véritable « engagement » des pays développés à aider « les pays en développement parties particulièrement vulnérables aux effets néfastes des changements climatiques à faire face au coût de leur adaptation auxdits effets », tout comme l'article 5 s'agissant des transferts de technologie ? Le Protocole de Kyoto contient des obligations plus précises et quantifiées, notamment s'agissant de la réduction des émissions de GES. Leur non-respect pourrait faire l'objet d'un contentieux. Enfin, l'Accord de Paris définit un objectif général qui précise celui de la CCNUCC et à la lumière duquel il doit être interprété : « l'élévation de la température

³⁰ La Commission n'a pu se mettre d'accord que sur le Projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses 2006. Texte adopté par la Commission du droit international à sa cinquante-huitième session, en 2006, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre de son rapport sur les travaux de ladite session (A/61/10). Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 2006, vol. II(2).

³¹ Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, 2001, Texte adopté par la Commission à sa 53^e session, en 2001, et soumis à l'Assemblée générale dans le cadre du rapport de la Commission sur les travaux de ladite session. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, art. 1^{er}.

³² C. Schwarte, R. Byrne, *International climate change litigation and the negotiation process*, *op. cit.*, p. 1.

³³ M. Faure, A. Nollkaemper, « International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change », *Stanford Journal of Environmental Law*, 2007, vol. 43A, p. 123 ; C. Voigt, « State Responsibility for Climate Change Damages » *op. cit.*, p. 6.

moyenne de la planète nettement en dessous de 2 °C par rapport aux niveaux préindustriels et en poursuivant l'action menée pour limiter l'élévation des températures à 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels (...) » (Article 2§1 a)). Les obligations qu'il contient sont plus procédurales que substantielles. Ainsi, s'agissant des réductions d'émissions, « Chaque Partie établit, communique et actualise les contributions déterminées au niveau national successives qu'elle prévoit de réaliser. Les Parties prennent des mesures internes pour l'atténuation en vue de réaliser les objectifs desdites contributions. » (Article 4§2). La contribution nationale d'une Partie « correspondra à son niveau d'ambition le plus élevé possible, compte tenu de ses responsabilités communes, mais différenciées et de ses capacités respectives, eu égard aux contextes nationaux différents » (Article 4§3). Ensembles, ces différentes dispositions définissent toutefois un « standard » de *due diligence* qui exige des gouvernements qu'ils agissent en proportion des risques encourus³⁴.

D'autres conventions peuvent également être pertinentes, comme la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ou d'autres traités luttant contre la pollution de l'environnement marin, le Protocole de Montréal sur des substances qui détruisent la couche d'ozone ou des traités cherchant à réduire la pollution atmosphérique transfrontière. On peut penser encore à la Convention internationale sur la diversité biologique ou à la Convention de l'UNESCO sur le patrimoine mondial. Une pratique limitée a été développée à l'égard de cette dernière. Ainsi, une proposition a été faite par des ONGs environnementales d'inclure des sites menacés par les changements climatiques sur la Liste du patrimoine mondial en danger de l'UNESCO, sur le fondement de l'article 11§4 de la Convention sur le patrimoine mondial. Cela a été le cas, notamment, de l'Himalaya³⁵. Différentes plaintes ont été portées devant le Comité du patrimoine mondial, à propos des dommages causés par les émissions de GES à des biens du patrimoine mondial tels que la Grande barrière de Corail australienne³⁶.

Sans avoir la possibilité d'entrer plus avant dans le détail, ces différentes conventions internationales fournissent une base fragile à la mise en cause de la responsabilité de l'État dans la mesure où les obligations sont vagues, atténuées, parfois conditionnées, et souvent indirectes. C'est pourquoi il est intéressant d'examiner également la possibilité d'invoquer, seules, ou en complément de la violation d'une obligation conventionnelle, les obligations coutumières. De ce point de vue, l'obligation de ne pas causer de dommages à l'environnement des autres États ou à l'environnement au-delà des juridictions nationales (la *no-harm rule*) constitue une piste intéressante. Il s'agit d'une règle ancienne, que la jurisprudence récente a explicité tout en en mettant en évidence les potentialités. Ainsi, ce n'est pas une obligation de ne pas causer de dommage, mais une obligation positive de *due diligence*. Chaque État doit agir avec *due diligence* pour s'assurer que les activités dangereuses qui se déroulent sur son territoire ou sa juridiction ne causent pas de conséquences dommageables à l'environnement des autres États ou dans les zones situées au-delà des juridictions nationales. Cette obligation est extrêmement large. Emboitant le pas à la CIJ, la Chambre sur les fonds marins du Tribunal international du droit de la mer (TIDM) a récemment clarifié sa portée. C'est une obligation de moyens et non de résultat : « Il s'agit plutôt 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 »³⁷. La CIJ est stricte à ce propos : « 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

³⁴ C. Voigt, « The potential roles of the ICJ in climate change related claims », in D.A. Farber et M. Peeters (eds.), *Climate change law*, Elgar Encyclopedia of Environmental Law, Edward Elgar, 2016, p. 158.

³⁵ E.J. Thorson, « The World Heritage Convention and Climate Change: The Case for a Climate Change Mitigation Strategy beyond the Kyoto-Protocol », in W.C.G. Burns et H.M. Osofsky (eds.), *Adjudicating climate change: state, national, and international approaches*, CUP, 2009, p. 255.

³⁶ J. Peel, « The Practice of Shared Responsibility in relation to Climate Change », *op. cit.*, p. 1009.

³⁷ TIDM, *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1 février 2011, TIDM Rec. 2011, p. 10.

ainsi que dans le contrôle administratif des opérateurs publics et privés, par exemple en assurant la surveillance des activités entreprises par ces opérateurs, et ce, afin de préserver les droits de l'autre partie »³⁸. La jurisprudence du TIDM et de la CIJ fait parfaitement écho ici à celle de la Cour européenne des droits de l'homme³⁹. La Chambre du TIDM en a même déduit une obligation de mettre en œuvre une approche de précaution⁴⁰. Par ailleurs, dans cette obligation générale de *due diligence* entrent différentes obligations procédurales (information, notification, coopération, réalisation d'études d'impact et surveillance continue) qui pourraient peut-être aussi être mobilisées avec succès au contentieux à propos de très grands projets d'aménagement (construction d'un grand pipe-line par exemple) ou industriels (construction de centrales à charbon) émetteurs de GES ou même de projets de géoingénierie destinés à limiter les changements climatiques.

S'agissant de *due diligence*, il faut tenir compte de la question de savoir si l'État responsable a été en capacité de prendre des mesures préventives, si le dommage était prévisible, et si les mesures prises pour le réduire ou éviter sont proportionnées⁴¹. La détermination du *standard of care* n'est d'ailleurs pas figée, mais évolue dans le temps, en fonction des connaissances scientifiques et technologiques, et dans l'espace, en fonction des capacités différentes des États, lesquelles évoluent aussi dans le temps. Les années passant, des obligations de plus en plus lourdes pèsent sur les États. En effet, la prévisibilité des dommages ne cesse de croître, notamment grâce aux travaux du GIEC. La proportionnalité évolue aussi avec nos connaissances scientifiques. Elle nécessite de réaliser une balance des intérêts entre le défendeur et le demandeur. Ici, le risque pour certains États, en particulier les petits insulaires, est tellement important, incluant des pertes substantielles voir totales de leurs territoires, que seules des mesures significatives de réduction des GES pourraient être considérées comme proportionnées⁴². De nombreux travaux économiques ont établi en outre, dans le prolongement de la *Stern Review*, que les coûts de l'inaction seraient à terme beaucoup plus importants que ceux de l'action⁴³.

La reconnaissance du caractère coutumier de l'obligation de diligence et son interprétation extensive ne sont pas sans conséquence pour les États. Par son caractère large et transversal, une telle obligation peut compenser les éventuelles lacunes des instruments conventionnels. Outre son rôle préventif, elle ouvre la voie à des contentieux, d'autant plus que nous avons une connaissance de plus en plus fine des seuils à ne pas dépasser pour prévenir les perturbations dangereuses du système climatique. C'est d'autant plus intéressant dans un tel domaine que cette obligation directe de l'État retentit indirectement sur les acteurs privés situés sur son territoire ou sa juridiction, qui sont responsables d'une très grande part des émissions de GES. C'est aussi un fondement intéressant pour engager la responsabilité d'un État en raison de dommages climatiques, dans la mesure où en tant que règle coutumière, elle oblige tous les États, y compris ceux qui n'ont pas d'obligations spécifiques ou ambitieuses de réduction de leurs émissions dans le cadre du Protocole de Kyoto ou de l'Accord de Paris⁴⁴. C'est quoi qu'il en soit une base utile en complément des bases conventionnelles. L'obligation coutumière de *due diligence* vient en effet compléter ces dernières, sachant qu'à ce jour les réductions d'émissions promises dans le cadre conventionnel sont inadéquates et ne permettent pas de prévenir toute « perturbation anthropique dangereuse du système climatique » (CCNUCC, art. 2). Un État peut peut-être se conformer à ses obligations conventionnelles sans se conformer à ses obligations coutumières. Par ailleurs, les obligations conventionnelles doivent être interprétées à la lumière de

³⁸ CIJ, *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, CIJ Recueil 2010, p. 69, §94.

³⁹ CEDH, *Aff. Di Sarno et autres c. Italie*, (Requête n° 30765/08), arrêt du 10 janvier 2012, § 110.

⁴⁰ TIDM, *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, *op. cit.*, §131.

⁴¹ J. Peel, *op. cit.*, p. 1009.

⁴² C. Voigt, « State Responsibility for Climate Change Damages », *op. cit.*, p. 13.

⁴³ N. Stern (ed.), *Stern Review: The Economics of Climate Change* (2006), p. ii.

⁴⁴ J. Peel, « The Practice of Shared Responsibility in relation to Climate Change », *op. cit.*, p. 1009.

l'obligation coutumière, ce qui peut conduire à les amplifier. En pratique, obligations conventionnelles et coutumières de diligence se nourrissent et s'éclairent mutuellement. La récente sentence sur la mer de Chine méridionale rend parfaitement compte de la catalyse, voire de la symbiose, qui peut s'opérer entre les unes et les autres⁴⁵. Ainsi, en dépit de son caractère vague, la base coutumière demeure intéressante y compris en cas de contentieux entre deux États Parties à l'Accord de Paris. Il s'agit là d'une piste insuffisamment creusée.

Il est désormais établi que, parmi les circonstances excluant l'illicéité, figure l'état de nécessité. Un État pourrait-il alors invoquer l'état de nécessité pour s'exonérer de ses obligations de prévention et minimisation des dommages climatiques, et plus largement de ses obligations en la matière ? On peut penser en particulier à un état de nécessité économique, au vu des impératifs de développement. Des tribunaux CIRDI ont admis qu'une situation économique dramatique menaçant les conditions de vie de la population pouvait justifier l'invocation de l'état de nécessité⁴⁶. En sens inverse, la CIJ a admis la possibilité d'un état de nécessité cette fois non plus économique mais écologique⁴⁷. Mais, même s'il est aisé de comparer les émissions *per capita*, qui peuvent diverger considérablement selon les États, il n'y a à ce jour pas de consensus sur ce qui relèverait d'émissions nécessaires – de subsistance – ou superflues. Cela semble donc relativement délicat, et encore faudrait-il prendre en compte l'empreinte carbone réelle d'un État, incluant les émissions liées aux importations. En outre, l'état de nécessité est retenu de manière restrictive pour éviter tout abus. La violation du droit international qui serait justifiée par l'état de nécessité ne doit pas non plus porter « gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe ou de la communauté internationale dans son ensemble »⁴⁸.

2.2. L'attribution à un État

L'État n'est en principe responsable que pour les actes des autorités publiques et ses organes, pas pour ceux des particuliers –qui génèrent la majorité des GES– sauf indirectement s'il ne respecte pas à cet égard ses obligations de diligence. En principe, l'État ne peut donc être tenu responsable parce que ses émissions de GES ont causé des dommages, mais parce qu'il n'a pas pris les mesures appropriées pour réguler les activités émettrices se déroulant sur son territoire ou sa juridiction. De ce point de vue, un État est responsable des activités qui se déroulent sur son territoire ou sous son contrôle effectif. Dans d'autres situations, l'inertie des pouvoirs publics a pu être condamnée⁴⁹, de même que des initiatives du législateur contredisant un engagement conventionnel⁵⁰. Certes, s'agissant d'obligations de diligence, « 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 »⁵¹.

2. Les conséquences du fait international illicite

En ne se conformant pas à une obligation internationale, un État encourt la mise en cause de sa responsabilité. La première conséquence de l'établissement de la responsabilité sera la cessation du fait international illicite s'il continue. Mais cet établissement appelle aussi

⁴⁵ 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.

⁴⁶ S.A. *Metalpar and Buen Aire S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case n° ARB/03/5, 6 June 2008, §208.

⁴⁷ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, CIJ Recueil, 1997, p. 3, §51.

⁴⁸ CDI, *Projet d'articles...* 2001, *op. cit.*, article 25§1.

⁴⁹ CIJ, *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC c. Ouganda)*, arrêt du 19 décembre 2005, CIJ Recueil, p. 231, §180.

⁵⁰ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, 30 August 2000, §§109-11.

⁵¹ TIDM, *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, *op. cit.*, §112.

réparation. Comme l'a dit la Cour permanente de justice internationale en 1928, « c'est un principe de droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer »⁵². Plusieurs fois réaffirmée, cette obligation est très large⁵³. En droit international comme dans tout autre système juridique, une règle de droit se décompose en une obligation majeure ou primaire, celle de la respecter, et une obligation mineure ou secondaire qui est de corriger les effets de son non-respect. Même si tout fait internationalement illicite d'un sujet de droit international engage sa responsabilité, s'il n'a causé aucun dommage direct la responsabilité restera virtuelle et ne pourra donner lieu à des conséquences concrètes. Pour obtenir réparation, encore faut-il parvenir à établir l'existence d'un lien de causalité entre le dommage et la violation du droit international.

2.1. Le lien de causalité

Pour engager la responsabilité d'un État, un lien de causalité doit être établi entre le dommage et la violation du droit international. Certes, l'origine humaine des changements climatiques n'est plus contestée ; elle est établie par les rapports du GIEC. Toutefois, le système climatique est complexe et non linéaire. Même si nous avons à présent des estimations claires des contributions relatives des différents États en termes de GES, tout au moins depuis les années 1990, les sources d'émission revêtent un caractère multiple, diffus et sont intraquables. Dès lors, la causalité humaine dans tel ou tel événement est impossible à déterminer. Mais même si les connaissances évoluent, il demeure difficile d'isoler le facteur d'origine humaine, voire de déterminer la part de tel pays ou groupe de pays. Ainsi, si la causalité générale est établie, il n'en est pas de même de la causalité spécifique.

La CIJ a rappelé récemment qu'elle doit, pour accorder une indemnisation, rechercher « s'il existe un lien de causalité suffisamment direct et certain entre le fait illicite... et le préjudice subi par le demandeur »⁵⁴. Or, à moins d'interprétations très souples du lien de causalité, voire d'application de méthodes reposant sur des probabilités, il semble difficile en l'état des connaissances scientifiques d'établir un rapport de causalité suffisamment direct et certain entre un dommage climatique et les émissions de tel État ou groupe d'États. Mais la démarche de la Cour semble relativement souple. Elle admet que, s'agissant des dommages à l'environnement, le lien de causalité peut être problématique. Parce qu'ils sont possiblement attribuables à plusieurs causes concomitantes ou que le lien de causalité ne peut pas toujours être démontré avec certitude, compte tenu de l'état des connaissances scientifiques, la Cour précise qu'elle appréciera au cas par cas les difficultés de preuve « à la lumière des faits propres à l'affaire et des éléments de preuve présentés à la Cour »⁵⁵. En outre, elle considère que « l'absence d'éléments de preuve suffisants quant à l'étendue des dommages matériels n'exclut pas dans tous les cas l'octroi d'une indemnisation (...) »⁵⁶.

En outre, s'agissant d'obligations de *due diligence*, l'administration de la preuve est facilitée. Il sera en effet facile de montrer que l'État n'a pas pris toutes les mesures qu'il aurait dû 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 particulière⁵⁷. 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 dans un second temps

⁵² CPII, *Usine de Chorzów*, 13 septembre 1928, série A, n°17, p. 29.

⁵³ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, § 150, Rec. 1997, p. 3.

⁵⁴ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière...*, arrêt 2018 précité, §34.

⁵⁵ *Ibid.*, §34.

⁵⁶ *Ibid.*, §35, citant la sentence arbitrale de la Fonderie du Trail.

⁵⁷ Y. Kerbrat, S. Maljean-Dubois, « Les juridictions internationales face au principe de précaution, entre grande prudence et petites audaces », in D. Alland et al. (ed.), *Unity and diversity of international law, Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Martinus Nijhoff, 2014, p. 929.

pour déterminer la forme de la réparation), mais d'abord et surtout que l'État a manqué à ses obligations de comportement en ne prenant pas toutes les mesures qu'il aurait dû prendre.

Les changements climatiques mettent ici au défi le droit international, qui a démontré à de multiples reprises ses facultés d'adaptation. Certaines pistes mériteraient d'être creusées, même si le standard de preuve que retiendrait une juridiction internationale reste largement incertain. De fait, chaque émission de GES accroît le risque de dommages spécifiques en venant s'ajouter de manière cumulative à ceux déjà présents dans l'atmosphère. Ainsi, la causalité pourrait être établie sur le seul fondement de la contribution au changement climatique d'un acteur donné. La question de savoir quelle proportion de dommages a été causée par cet acteur spécifique n'est pas pertinente de ce point de vue. En revanche, elle jouera un rôle au moment de déterminer le montant d'éventuelles réparations⁵⁸. On notera qu'une causation partielle a pu être admise dans l'affaire de la Fonderie du Trail. Le fait que le dommage ait été au moins partiellement causé par la Fonderie a alors suffi⁵⁹. Dans d'autres cas, une causalité immédiate (*proximate cause*), faisant une large part à l'appréciation empirique, a pu être admise⁶⁰. En dépit de l'avancée des connaissances, il reste aussi pertinent de se demander si le principe de précaution peut alléger le standard de preuve, en particulier s'agissant de la causalité spécifique qui reste marquée par l'incertitude⁶¹.

Dans la mesure où c'est l'effet cumulé d'émissions de GES émanant de plusieurs – tous les – États qui cause des dommages, on peut aussi se demander dans quelle mesure des États contribuant à causer (indépendamment) un fait international illicite pourraient en être tenus conjointement et solidairement responsables. En ce cas, la victime pourrait choisir d'engager la responsabilité de n'importe lequel des responsables et lui réclamer la totalité des réparations. Le défendeur pourrait alors se retourner vers les autres responsables des dommages pour lui demander une participation à la réparation à hauteur de sa contribution au dommage⁶². Ce principe est admis dans la plupart des systèmes juridiques, mais son existence en droit international est loin d'être établie.

La responsabilité d'un État n'est pas réduite par le fait qu'un ou d'autres États sont responsables du même fait international illicite⁶³. Chaque État peut être tenu séparément et individuellement responsable. Les commentaires de la CDI montrent qu'est prise en compte la contribution de l'État lésé au préjudice pour déterminer la réparation. En particulier, « Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État lésé ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée »⁶⁴. Le problème se pose avec acuité pour les changements climatiques, mais au-delà pour un grand nombre de pollutions transfrontières. Il faudra donc que le droit international puisse y fournir des réponses. Certains principes pourraient être invoqués, comme celui des responsabilités communes, mais différenciées et des capacités respectives, mais ils sont loin d'offrir des solutions « clés en main » et ouvrent au contraire de vifs débats notamment s'agissant des critères à retenir (émissions passées, présentes, futures ; émissions *per capita* ou par pays etc.). En outre, les études scientifiques sur lesquelles pourrait s'appuyer une juridiction sont encore limitées et parcellaires⁶⁵.

2.2. Les formes de la réparation

⁵⁸ C Voigt, « State Responsibility for Climate Change Damages », *op. cit.*, p. 16.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 15.

⁶⁰ Eritrea-Ethiopia Claims Commission Decision n°7, 27 July 2007, § 13.

⁶¹ M. Faure and A. Nollkaemper, « International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change », *op. cit.*, p. 158.

⁶² M. Faure, A. Nollkaemper, « International Liability as an Instrument to Prevent and Compensate for Climate Change », *op. cit.*, p. 165.

⁶³ CDI, Projet d'articles... 2001, *op. cit.*, article 47.

⁶⁴ *Ibid.*, article 39.

⁶⁵ MATCH, *Summary report of the ad hoc group for the modelling and assessment of contributions to climate change*, 7 novembre 2007, p. 1.

Le dommage s'entend au sens large puisqu'il est admis désormais que « Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État »⁶⁶. On notera que la CIJ ne fait aucune difficulté à reconnaître le caractère indemnisable des dommages environnementaux⁶⁷. Mais les dommages climatiques, qui peuvent être aussi des dommages aux biens et aux personnes, ainsi que des dommages non matériels, les dépassent largement. La réparation doit viser à « effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »⁶⁸. Elle doit être « intégrale »⁶⁹. La restitution en nature est généralement privilégiée, mais lorsqu'elle « est matériellement impossible ou emporte une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui en dériverait, la réparation prend alors la forme de l'indemnisation ou de la satisfaction »⁷⁰. La réparation dépend en tout état de cause largement des demandes de l'État lésé. Imaginons un État du Pacifique A qui mettrait en cause la responsabilité d'un État industrialisé B pour les dommages qu'il subit sur son territoire (montée des eaux, disparition, événements météorologiques extrêmes), invoquant le non-respect par B de ses obligations de diligence. En abordant ce contentieux sous cet angle, A évite les problèmes délicats d'attribution à B du comportement des personnes privées et entreprises qui ont pour l'essentiel émis les GES 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, 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. On retombera alors sur l'obstacle de la causalité. 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. Il est à douter que A y voie une satisfaction appropriée, mais cela pourrait faire évoluer non seulement le comportement de B, et à terme celui d'autres grands émetteurs. La responsabilité ne poursuit pas alors un objectif de réparation d'un préjudice matériel, mais de rétablissement de la légalité et prévention de dommages ultérieurs. On pourrait envisager aussi qu'une cour internationale demande aux parties de trouver une solution à leur différend par la négociation de bonne foi et la coopération. Ce serait dans le prolongement de la jurisprudence internationale⁷¹ et des travaux de la CDI sur la protection de l'atmosphère⁷².

3. La mise en œuvre de la responsabilité internationale

Même si on peut trouver un fondement à un contentieux dans le droit matériel, il sera généralement difficile, voire impossible, d'identifier les moyens procéduraux de faire aboutir la réclamation. L'exigence de l'intérêt à agir et du consentement à la juridiction sont des obstacles de taille.

3.1. L'intérêt à agir

L'existence d'un différend réel et actuel est une condition à l'exercice de la fonction juridictionnelle au contentieux. Or, la CIJ retient une acception très étroite de la notion de différend, restreignant d'autant les contours du contentieux et le champ des actions⁷³. Par ses exigences, la Cour élimine les différends « virtuels » ou « abstraits ». Il n'est pas question

⁶⁶ CDI, Projet d'articles... 2001, *op. cit.*, article 31§2.

⁶⁷ *Ibid.*, §42.

⁶⁸ *Usine de Chorzow*, fond, arrêt n°13, 1928, C.P.J.I. série A n°17, p. 47.

⁶⁹ Article 34.

⁷⁰ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*..., arrêt 2010 précité, p. 103, §273 ; rappelé au §31 de l'arrêt du 2 février 2018.

⁷¹ Par exemple *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*...arrêt 2010 précité, p. 14, §81 ss.

⁷² C. Voigt, « The potential roles of the ICJ in climate change related claims », *op. cit.*, p. 163.

⁷³ CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, *Rec. série A*, n°2, 1924, p. 11.

seulement de thèses contradictoires. En effet, « il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre »⁷⁴. L'affaire du Cameroun septentrional en a fourni une éclatante illustration. La Cour s'est déclarée « dans l'impossibilité de rendre un arrêt effectivement applicable » puisqu'il ne lui était demandé ni de « redresser l'injustice alléguée » ni d'« accorder une réparation quelconque ». Elle a rappelé que sa fonction est de dire le droit, mais « à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties » et que son arrêt « doit avoir des conséquences pratiques en ce sens qu'il doit pouvoir affecter les droits et obligations juridiques existants des parties, dissipant ainsi toute incertitude dans leurs relations juridiques »⁷⁵.

Seuls les sujets lésés pourront chercher à engager la responsabilité de l'auteur du fait illicite et la notion d'État lésé a longtemps été entendue strictement. En effet, en règle générale le droit international ne reconnaît pas l'action populaire, soit la possibilité pour tout État de faire établir la responsabilité de tout autre État ayant enfreint la légalité internationale. En 1966, la Cour affirmait « s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas »⁷⁶. Ce principe tolère toutefois une exception : les obligations *erga omnes* dans la mesure où elles créent des droits *omnium*, au respect desquels chacun peut prétendre. Le principe même de la notion est que tout État a un intérêt à agir en cas de violation d'une telle obligation. C'est bien ce que la Cour relevait en l'affaire de la *Barcelona Traction* en énonçant « tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés »⁷⁷. Il est ainsi bien admis qu'une violation de l'interdiction du génocide « donne à tout autre État le droit d'exiger que ces actes ne soient pas commis. N'importe quel autre sujet international pourra donc exiger d'un autre État qu'il ne perpètre pas d'actes de génocide, ou du moins qu'il y mette fin. Tous les États du monde ont le droit de demander impérativement que l'interdiction soit observée »⁷⁸.

Il ne s'agit plus alors de faire valoir un droit subjectif, mais un intérêt objectif au respect de la légalité. Cela conduit directement à une *actio popularis*, même limitée. Le droit international l'autorise notamment pour les obligations dites « interdépendantes », pour lesquelles la qualité de partie suffit à établir l'intérêt pour agir, dans la mesure où aucune personne tiers ou partie ne peut être isolée en tant que créancier de l'obligation. La plupart des obligations contenues dans les traités de protection de l'environnement semblent faire partie de cette catégorie. Le projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États admet qu'un État autre qu'un État lésé peut invoquer la responsabilité d'un État tiers si « a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ; ou b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble » (art. 48)⁷⁹. Il ressort des commentaires de la CDI que l'alinéa a) vise notamment les obligations de protection de l'environnement⁸⁰. Reste à savoir jusqu'où un tel élargissement correspond au droit positif, même s'il va incontestablement dans le sens de l'évolution récente du droit international. On notera que, dans son avis

⁷⁴ CIJ, *Affaires du Sud-Ouest africain, Éthiopie c. Afrique du Sud, Liberia c. Afrique du Sud, Exceptions préliminaires*, arrêt du 21 décembre 1962, *Recueil CIJ*, p. 328.

⁷⁵ CIJ, *Cameroun c. Royaume Uni, Exceptions préliminaires*, arrêt du 2 décembre 1963, *Recueil CIJ*, p. 15.

⁷⁶ CIJ, *Sud-Ouest africain, Deuxième phase, Recueil CIJ 1966*, p. 47 ; voir CIJ, *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India) Jurisdiction of the Court and Admissibility of the Application*, 5 octobre 2016, §§33-40.

⁷⁷ *Barcelona Traction Light and Power company, Ltd, deuxième phase (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, *Recueil CIJ*, p. 32. *Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt sur les exceptions préliminaires*, 11 juillet 1996, *Recueil CIJ*, p. 615, § 31.

⁷⁸ A. Cassese, « La Communauté internationale et le génocide », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement*, Mél. M. Virally, Pedone, Paris, 1991, p. 186.

⁷⁹ CDI, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs, Annuaire de la Commission du droit international, 2001*, vol. II(2), p. 343.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 345.

consultatif du 1^{er} février 2011, la Chambre du TIDM s'est appuyée sur les travaux de la CDI pour considérer que « Tout État Partie pourrait également prétendre à réparation au vu du caractère *erga omnes* des obligations ayant trait à la préservation de l'environnement en haute mer et dans la Zone »⁸¹. Il y a là une importante clarification, qui pourrait faciliter l'invocation de la responsabilité d'un État ou groupe d'États pour des dommages climatiques.

3.2. Le consentement à la juridiction internationale

L'État lésé se heurtera à l'obstacle du principe du consentement à la juridiction internationale. Il lui sera ainsi difficile de trouver une juridiction compétente, à moins que les États n'acceptent de se soumettre à la juridiction une fois le différend survenu, ce qui reste très hypothétique.

La clause de règlement des différends de l'article 14 de la CCNUCC offre théoriquement un support à la mise en cause de cette responsabilité. L'article 14 §1 prévoit que « En cas de différend entre deux ou plus de deux Parties au sujet de l'interprétation ou de l'application de la Convention, les Parties concernées s'efforcent de le régler par voie de négociation ou par tout autre moyen pacifique de leur choix ». En cas d'échec, l'article 14 §2 contient une clause facultative de règlement juridictionnel : les Parties peuvent déclarer au préalable (au moment de la ratification ou à tout moment par la suite) accepter la soumission des différends à la CIJ ou à un tribunal arbitral, selon des procédures qui devaient être adoptées par la COP, mais ne l'ont pas fait. Si ni la CIJ ni un tribunal arbitral ne peuvent être saisis, l'article 14 §§5-7 prévoit une conciliation. Cette clause s'applique *mutatis mutandis* au Protocole de Kyoto (article 19) et à l'Accord de Paris (article 24).

L'activation de cette clause en réaction à un manquement à la Convention demeure théoriquement possible, d'autant plus que les notions « de différend entre deux ou plus de deux Parties au sujet de l'interprétation ou de l'application de la Convention » ou d'État lésé devraient, dans cette hypothèse, être entendues largement. Le noyau du régime du climat, constitué des obligations et outils de réduction des émissions, entre vraisemblablement dans la catégorie des obligations *erga omnes partes* – à l'égard de toutes les parties au traité qu'il s'agisse de la CCNUCC, du Protocole de Kyoto ou de l'Accord de Paris. Une « universalisation des relations de responsabilité » pourrait et devrait être admises⁸². Mais en pratique cette clause ne peut guère jouer. En effet, sur les 197 parties à la Convention-cadre, seuls les Pays-Bas ont accepté la compétence de la CIJ et le recours à l'arbitrage, tandis que les Îles Salomon et Tuvalu ont accepté l'arbitrage obligatoire de l'article 14§2. Du fait de l'exigence de réciprocité, la clause ne pourrait donc jouer qu'entre les Pays-Bas et Tuvalu et les Îles Salomon, ou entre Tuvalu et les Îles Salomon. À moins que les deux Parties en conflit l'acceptent postérieurement à la survenance d'un différend, ce qui est très hypothétique.

En revanche, des différends pourraient survenir dans d'autres *fora*, dans le cadre desquels la juridiction est obligatoire comme devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC (ORD), pour des différends découlant de l'application de la CCNUCC, du Protocole de Kyoto ou de l'Accord de Paris, possédant une dimension commerciale et opposant des États membres de l'OMC. L'Organe d'appel de l'OMC a clairement affirmé dès sa première affaire que l'Accord général ne doit pas être lu en « isolation clinique » par rapport aux règles du droit international⁸³. Mais l'affaire des produits biotechnologiques a bien montré qu'une convention environnementale – en l'occurrence le Protocole de Cartagena sur le commerce international des OGM – ne pouvait être considérée comme faisant partie du droit applicable aux fins du règlement d'un différend à l'OMC. Selon la position retenue par le Groupe spécial – et non démentie à ce jour en l'absence d'appel – pour que ce soit le cas, il faudrait que

⁸¹ TIDM, *Responsabilités et obligations des Etats dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, *op. cit.*, §180.

⁸² L.A. Sicilianos, « Classification des obligations et dimensions multilatérales de la responsabilité internationale » in P.-M. Dupuy (ed.), *Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États*, Pedone, 2003, p. 169.

⁸³ Rapport, États-Unis – Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules, WT/DS2/AB/R, 29 avril 1996, p. 19.

l'ensemble des membres de l'OMC soient parties à cette convention. Transposée aux changements climatiques, cette « jurisprudence » exclut la mobilisation du droit conventionnel du climat pour interpréter le droit de l'OMC, tout au moins sur le fondement de l'article 31§3 c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, dans la mesure où les États-Unis ou le Canada ne sont pas parties au Protocole, mais membres de l'OMC, ce qui est le cas d'une douzaine d'États pour l'Accord de Paris dont la Russie ou la Turquie⁸⁴.

On peut penser aussi à d'autres mécanismes conventionnels, tels que ceux de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Partie XV), de l'Accord des Nations Unies sur les stocks de poissons chevauchants (Partie VIII), du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (article 14 en lien avec l'article 11 de la Convention de Vienne), de la Convention sur la diversité biologique (article 27) ou à d'autres organes de contrôle de traités internationaux, des procédures de conciliation, ou encore à un avis de la CIJ sur une question juridique posée par les organes et institutions spécialisées des Nations Unies, voire du TIDM, qui s'est montré très progressiste à plusieurs reprises. Si la pertinence d'une demande d'avis à la Cour pouvait être discutée durant les négociations qui ont conduit à la COP 21, la situation est différente aujourd'hui. Bien que les avis consultatifs ne soient pas obligatoires, ils fournissent une interprétation d'une grande autorité sur des questions de droit international. Les contributions des États étant largement insuffisantes pour atteindre les objectifs de l'Accord de Paris, il pourrait être opportun que la Cour clarifie leurs droits et obligations en la matière, y compris et surtout sur le fondement du droit coutumier⁸⁵.

Les contentieux climatiques peuvent être aussi transnationaux, impliquant alors les plaintes de personnes privées ou d'acteurs infraétatiques contre les États, voire de personnes privées contre des entreprises multinationales. Les dommages climatiques peuvent ainsi donner lieu à des plaintes devant les organes de protection des droits de l'Homme, le plus souvent par « ricochet » à travers la protection du droit à la vie, du droit au respect du domicile, de la vie privée et familiale ou d'autres droits⁸⁶. Des litiges transnationaux sont envisageables aussi dans le cadre du contentieux des investissements, contestant des mesures climatiques prises par les gouvernements⁸⁷. À l'inverse, le développement des investissements dans les énergies renouvelables et faibles en carbone a entraîné une augmentation des arbitrages notamment devant la Cour permanente d'arbitrage, dans le cadre du traité sur la Charte de l'énergie, de l'ALENA, de la Convention CIRDI⁸⁸, voire de traités bilatéraux d'investissement à propos du solaire, de l'éolien ou de l'hydraulique⁸⁹. Dans plusieurs affaires, les investisseurs contestent les mesures prises par les gouvernements entraînant une baisse des soutiens financiers aux énergies renouvelables⁹⁰. Il n'en reste pas moins que le juge de droit commun du respect du droit international demeure le juge interne. Même s'il y a fort à parier que nous assisterons dans les années qui viennent à la saisine de juridictions internationales, l'explosion des contentieux climatiques a lieu d'abord devant le juge national, et la densification des obligations internationales des États vient et viendra les nourrir.

⁸⁴ EC – Approval and Marketing of Biotech Products, §§7.73 et ss. ; EC and certain member States – Large Civil Aircraft, §§844–845 ; pour une tentative (échouée) d'utilisation de la CCNUCC, voir India – Certain measures relating to solar cells and solar modules, AB-2016-3, 16 septembre 2016, p. 47.

⁸⁵ A. Korman, G. Barcia, « Rethinking climate change : towards an International Court of Justice advisory opinion », *Yale Journal of International Law Online*, 2012, p. 35.

⁸⁶ *Ghemre v Shell Petroleum Development Company Nigeria Limited and Others* (2005) AHRLR 151 (NgHC 2005). M. Wewerinke-Singh, « State Responsibility for Human Rights Violations Associated with Climate Change », in S. Jodoin, S. Duyck, A. Johl (ed.), *Handbook of Human Rights and Climate Governance*, 2018, Routledge, Chapter 7, (à paraître), p. 22.

⁸⁷ X. Fuentes Torrijo, « Climate change and international investment treaties », in D.A. Farber et M. Peeters (eds.), *Climate change law*, Elgar Encyclopedia of Environmental Law, Edward Elgar, 2016, p. 309.

⁸⁸ Voir par ex. *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/09/6, 30 mars 2009.

⁸⁹ W. Miles, *Dispute resolution and climate change. The Paris Agreement and Beyond*, International Chamber of Commerce, 2017, p. 26.

⁹⁰ *Charanne and Construction Investments v. Spain* est la première décision de ce point de vue. Voir F. Dias Simões, « Charanne and Construction Investments v. Spain: Legitimate Expectations and Investments in Renewable Energy », *RECIEL*, 2017, vol. 26/2, p. 174.